كتاب اكمل الدين على الهدايه

[illegible]

مما ملكه العبد الفقير الى الله الغني
عبد الرحيم بن شيخ علي غفر الله
المؤيدي عفا عنهما الباري

الحمد لله الذي هدانا في البداية معرفة الهداية • ورعانا بعين العناية في النهاية عن الجهل والغواية • وجعلنا
ممن آمن بما أنزل واتبع الرسول ودون للدراية • وخصنا بأهلية الشهادة على الأمم بفضله وكمال الرعاية • أحمده
على إنعامه وكرمه • وأشكره على سوابغ نعمه • وأصلي على من اصطفاه الله للرسالة فكان خاتما على صحيفة حاملها أمينا
وحباه بمعجزة أم الكتاب معدن الأنوار والأسرار فكان لنا ماحيا ومبينا • محمد المبعوث إلى الأسود والأحمر بالكتاب
العربي المعجز المنير • وعلى آله وأصحابه القائمين بنصرة الدين القويم الأزهر • والصحب المجتهدين في إقامة الدين لحفظه
العزيز الأنور • يقول العبد الفقير إلى رحمة الله الغني محمد بن محمود بن أحمد الحنفي غفر الله له ولوالديه
وعاملهما بلطفه الخفي • أما بعد فإن كتاب الهداية لكونه للهداية • لاحتوائه على أصول الدراية • وانطوائه على
متون الرواية • خلصت معادن ألفاظه من خبث الإسهاب • وخلت نقود معانيه عن زيف الإيجاز وبهرج الإطناب • فبرز
بروز الإبريز • مركبا من معنى وجيز • تمشي في المفاصل عذوبته • وفي الأفكار رقته • وفي العقول حدته • ومع ذلك
فربما خفيت جواهره في معادنها • واستترت لطائفه في مكامنها • ولذلك تصدى الشيخ الإمام • والقرم الهمام
جامع الأصل والفرع • مقرر مباني أحكام الشرع • حسام الملة والدين السغناقي سقى الله ثراه • وجعل الجنة
مثواه • لإبراز ذلك • وما تيسر له هنالك • فشرحه شرحا وافيا • وبين المشكل منه بيانا شافيا • ودعاه النهاية
لوقوعه في نهاية التحقيق • واشتماله على ما هو الغاية في التدقيق • لكن وقع في بعض الخطاب • لا بحيث يجرح الألباب
ولكن بغير استحسان وقت إلقاء الدرس على الطلاب • وكانوا يقترحون عند المذاكرة أن أختص على ما يحتاج
إليه من حل ألفاظ الكتاب • وبيان مبانيه • ويحصل بتطبيق الأدلة على تقرير أحكامه ومعانيه • وكنت أستنعض ذلك
غاية الامتناع • وأستعفيهم من الأعوام شتى ونكث ودباغ • وكان امتناعي يزيدهم غراما • وتسويفي يصدهم فيا ما
فلم تزل على هذا المنهاج • حتى أصبحوا ظاهرين بالإلحاج • فاستخرت الله وأقدمت على هذا الخطب الخطير • وشرعت
بضراعة الطلب إلى العالم الخبير • مستنزلا للأنوار الفائضة في التحرير والتقرير • وجمعت منه ومن غيره من الشروح ما ظننت
أنه مما يحتاج إليه • وما يكون الاعتماد وقت الاستدلال عليه • وأشرت إلى ما تتم به مقدمات الدليل وترتيبه ولم آل جهدا

في تنقيحه وتهذيبه • وأوردت مباحث لم أظفر عليها في كتاب • ولم يصل إلى غرائبها إلا ... ولا خطاب بل كان خاطري
أبا عذرها ومقتضب علوها ودرها • وسميته العناية ليتخصص له بعين الله والعناية • وبالله أسأل أن ينفع به كما نفع بأصله
إنه أكرم مسئول وأعز مأمول • ثم إني أروي كتاب الهداية عن شيخي العلامة الإمام الهمام ... فريد عصره ووحيد
دهره قدوة العلماء عمدة الفضلاء قوام الحق والملة والدين الكاكي قدس الله روحه ونور ضريحه وهو يرويه
عن شيخه العلامة الأئمة المجتهدين المحققين مولانا علاء الدين عبد العزيز صاحب الكشف وعن مولانا
حسام الدين السغناقي صاحب النهاية برد الله مضجعهما ونور بفضله وكرمه مهجعهما وهما يرويان عن الشيخ
الكبير السالك الناسك البارع الورع التقي النقي أستاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير وعن قطب المجتهدين
وقدوة المحققين وأسوة المتقين مولانا فخر الدين المايمرغي رحمهما الله رحمة واسعة وهما يرويان عن أستاذ أئمة
الدنيا ... شمس الأئمة محمد بن عبد الستار بن محمد الكردري تغمده الله برحمته ورضوانه وهو يرويه
عن شيخه شيخ شيوخ الإسلام حجة الله على الأنام ... ما كرت الليالي والأيام المخصوص بالعناية
صاحب الهداية غفر الله لهم ولنا ولوالدينا وآتانا الجنة برحمته وختم لنا بخير في عافية أجمعين آمين بحق
الرحمن الرحيم **قوله** ... الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه اللام في الحمد للجنس ويجوز أن يكون
لاستغراق الجنس وجعله للاستغراق عند أهل السنة وللعهد عند المعتزلة بناء على أن أفعال العباد مخلوقة لهم
فيستحقون من الحمد ما يقابلها فلا يكون الاستغراق صحيحا ليس بواضح لأن من أهل السنة من جعله للعهد أيضا
وصاحب الكشاف جعله للجنس والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التعظيم فقولنا هو الوصف كالجنس وقولنا
بالجميل أخرج ما ليس كذلك وقولنا على جهة التعظيم أخرج ما يكون على جهة الاستهزاء والتهكم والكلام في اسم
الجلالة من كونه منقولا أو مرتجلا مشتقا أو غيره علما أو غيره ليس مما يهمنا الآن ومعنى قوله الحمد لله ما يعبر كل
المعنى الذي يطلق عليه هذا اللفظ أو جميع أفراد ذلك ثابت لله بالاختصاص وهو كما ترى يفيد كون الله تعالى
محمودا أصلا ... جامدا أولا والمعالم جمع معلم وأراد به أصول الشرع لكونها مدارك العلم الشرعي والأعلام علامة
والشعائر جمع شعيرة قيل والمراد بها ما يؤدى من العبادات على سبيل الاشتهار كالأذان والجمعة وصلاة العيد
والأضحية والشرع بمعنى المشروع أو بمعنى الشارع ويكون من قبيل إقامة المظهر موضع المضمر وبمعنى الشريعة
يقال شرع محمد عليه السلام كما يقال شريعة محمد وأحكام الشرع هي الحل والحرمة والصحة والفساد وغيرها وحمل
الشعائر على الأسباب والعلل والشروط والعلامات أنسب للأحكام ويكون إشارة إلى براعة الاستهلال فإن كتابه
هذا مشتمل على الأحكام مبنية بذلك **قال** وبعث رسلا وأنبياء قيل الرسول هو الذي معه كتاب كموسى
وعيسى عليهما السلام والنبي هو الذي ينبئ عن الله وإن لم يكن معه كتاب كيوشع عليه السلام وهو الظاهر
قوله هادين أي مبينين طريق الصواب واعترض على المصنف بأنه ترك ذكر محمد عليه السلام مع كونه الأصل المحتاج
إلى الذكر وأجيب بأن المراد بالرسل والأنبياء محمد صلوات الله عليه لكن جمعه تعظيما له وإجلالا لقدره وهو محتمل
وقوله داعين كقوله هادين وكونه صفة مادحة **قوله** يسلكون يجوز أن يكون صفة لعلماء وأن يكون حالا لأنها
إلا إذا عني بالنكرة الموصوفة جاز أن يقع منها الحال ... أن يكون استئنافا كأن قائلا قال كيف هو منهم
منهم فقال فيما لم يؤثر عنهم أي لم يوجد عنهم مأثور أي مروي مسالك الاجتهاد وفيه بيان أنهم لا يخرجون عن الملة
منهم إذا وجدوا وإنهم متبعوهم على الدوام لأنهم إن وجدوا مأثورا عنهم عملوا به واتبعوهم فيه وإن لم يجدوا اجتهدوا

في طريقهم اذ الموضح اليهم وسمى الاجتهاد وهو لغة استفراغ الفقيه الجهد لتحصيل الظن بحكم شرعي وقد عرفنا شروطه وكيفيته في التقرير قوله مستر شدين حال من ضمير يسلكون والمراد بأوائل المستنبطين ابا حنيفة واصحابه رحمهم الله تعالى قوله حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق فانهم الذين تولوا تمهيد قواعد المسائل الشرعية وتبيينها والمراد بالجلي المسائل القياسية لظهور ادراكها غالبا وبالدقيق المسائل الاستحسانية لخفاء ادراكها قيل اول من وضع اصحابنا من المسائل الفقهية هي الف الف وسبعون الف وسبعمائة الف مسئلة قوله غير ان الحوادث منصوب على الاستثناء من قوله حتى وضعوا مسائل وهو جواب عما يقال اذا كان اوائل المستنبطين وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق فاي حاجة تدعوا الى التأليف والتصنيف ووجه انهم وان وضعوا ذلك الا ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل اي الواقعات يضيق عنها نطاق الموضوع والنطاق هو المنطقة واستعير ههنا الاجوبة المنقولة من السلف في الفتاوى والاقتناص الاصطياد والشوارد جمع شاردة وهي الابل والقبس شعلة من نار يقال اقتبست منه نارا واقتبست منه علما اي استفدته والموارد جمع المورد استعار الشوارد للاحكام المستخرجة من الاصول بالاستنباط بجامع عسر الوصول بسببها الى المقصود واستعار الموارد للاصول باعتبار محل الوصول يعني كما كان اصطياد الصيود النافرة من مواردها ومناهلها فكذا اصطياد الحوادث الفقهية من الاصول اي الكتاب والسنة والاجماع بالاعتبار ويتبين ان الاعتبار ليس صنعة كل احد بل من صنعة الرجال الكاملين في الرجولية قوله وبالوقوف على المآخذ متعلق بالاعتبار والاعتبار بالامثال قوله يعني عليها حال من الضمير المجرور معناه وقياس الاحكام على نظائرها انما هو من صنعة الكمل من الرجال وهو بالوقوف على المآخذ حال كونها يعض عليها بالنواجذ يعني اذا كان الوقوف باحكام واتقان ثم قوله ان الحوادث الخ اعتذار عن الشروع في التصنيف وقوله والاعتبار بالامثال اذا كان ذكره هنا المنفر عن ترك التصنيف كان معناه والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف المحكم المتقن على المآخذ ولست ولا حصل لي ذلك لكن كان قد جرى على الوعد منه مبدأ بداية المبتدي ان اشرحها شرحا ادسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه حال كون الوعد يسوغ بعض المساغ لئلا اكون ممن اذا وعد اخلف وانما قال بعض المساغ لان الوعد بالشرع غير موجب وانما هو مجوز حينئذ الى هذا المعنى اعني كونه هنا المنفر ذهب صاحب النهاية وتاج الشريعة رحمهما الله تعالى لكن ذكر بعضهم ان صلاحيته لذلك كان معناه وانا منهم هم رجال ونحن رجال وحصل الوقوف لنا على المآخذ بالاتقان كما حصل لهم لجاز لنا الاعتبار والحال ان قد جرى على الوعد وهو مما يسوغ بعض المساغ يعني منضما عن صلاحية الواعد الاتيان بالموعود فكيف مع الصلاحية والى هذا ذهب بعض الشارحين لكن لا على هذا الوجه الذي ذكر من العبارة قوله وحين اكاد اتكئ عنه اتكاء الفراغ قيل معنى الاتكاء بعن وان كان تعدية بعلى لتضمين معنى الفراغ ووجدنا معناه حينئذ تكون وحين اكاد ازيغ عنه فراغ الفراغ وهو تركيب فاسد والصحيح ان عنه صلة الفراغ قدم رعاية للسجع قوله تبينت اي علمت والبدل الشيء القليل قوله تصرفنا العنان والعناية يعني عنان الخاطر وعناية القلب والمراد بالعنان الظاهر وبالعناية الباطن قوله فما يجمع يجوز ان يكون حالا من ضمير صرفت ويجوز ان يكون صفة شرح ويكون الرواية هي التي اختارها العلماء فان عين الشيء خياره ومتون الدراية المعاني المتوازنة والنكات المتينة قوله في كل باب يعني من الهداية والدراية قوله عن هذا النوع اشارة الى الذي وقع في كفاية المنتهي وخاف ان يهجر لاجل الكتاب والاسهاب هو الاطناب وهو التكلم بازيد من متعارف الاوساط قوله مما اندفع لما يتوهم انه لما وقع موجزا خاليا عن الاصول والفصول فكان واجبا الجزء الاول فقال ليس كذلك بل هو مع كونه خاليا من الاطناب مشتمل على اصول ينشعب عليها الفصول وهو كما

قال جزاه الله عن الطلبة خيرا يطلع على ذلك من خدم كتابه حق خدمته فما ظهر من ذلك قوله في فساد البيع بالشرط كل شرط يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسد البيع فان في كل قيد منه احترازا عما يضاده وجمع لما يوافقه قوله لا تمامها واختامها الضمير للهداية وفي بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمير للشرحين قوله حتى ان من رمت متصل بما ذكرنا من الزوائد او بصرفت وسمت بمعنى طلبت والمزيد مصدر كالزيادة ومن ابحر الوقت بمعنى مجدد اي استحسنه واسناده الى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار والشعر لابي فراس وقبله على برغم العامرية وقفة لتملي على الشوق والدمع كاتب ومن عادتي حب الديار لاهلها وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله اي هذا الفن وهو علم الفقه كل خير فان شئت فارغب في الاقصر والاخصر حفظا وتحصيلا وان شئت في الاطول والاكثر كشفا وتاصيلا وقيل معناه جنس العلم حسن فارغب في اي نوع شئت وهو كلام صحيح لكن لا تقريب له هنا والمراد بالمجموع الثاني هو الهداية وكانه بعد صرف العنان والعناية لم يشرع فيه حتى سأله الحواني الاملاء عليهم فافتتح مستعينا في تحريره اي تقويم ما يقاوله وتلخيصه وفي لفظ المفاعلة من يد مبالغة ولهذا معناه ليس في ملك المدة لا يفطر اصلا وكان يجتهد ان لا يطلع على صومه احد فاذا اتى بخادم بطعام كان يقول له خلده وروح فاذا راح كان يطعم احد الطلبة او غيرهم وكان بركة زهده وورعه كتابه مباركا مقبولا بين العلماء

كتاب الطهارة

الكتاب والكتابة في اللغة جمع الحروف والكتاب قد يعرف بانه طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت انواعا او لم تشمل فقوله طائفة كالجنس وقوله من المسائل الفقهية احتراز عن غيرها وقوله اعتبرت مستقلة اي مع قطع النظر عن تبعيتها للغير او تبعية غيرها اياها ليدخل فيه هذا الكتاب فانه تابع للصلوة ويدخل كتاب الصلوة فانه مستتبع للطهارة وقد اعتبر استقلالهما اما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح واما كتاب الصلوة فلكونه المقصود الاصلي وظهر من هذا ان اعتبار الاستقلال قد يكون لمعنى يوجب ذلك كانقطاع الصرف عن البيع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلوة كما ذكرنا قوله شملت انواعا او لم تشمل لدفع قول من يقول الكتاب اسم لجنس يدخل تحته انواع من الحكم وكل نوع يسمى بابا والباب اسم لنوع يشتمل على اشخاص يسمى فصولا فان الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون فان من الكتب ما لم يذكر فيه الابواب والفصول ككتاب اللقطة واللقيط والآبق وغيرها على ما سيأتي فلو لم يذكر ذلك لربما توهم ان ذلك ذكره دفعا لذلك والطهارة في اللغة النظافة وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل لمزيل الحدث او الخبث عما تعلق به الصلوة والمراد بالمزيل ان يكون طبعا او شرعا وكلمة او ليست لمانعة الجمع فلا يفسد بها الحد وقوله عما تعلق به الصلوة ليتناول المكان فان الطهارة شرط على ما سيأتي وركنها استعمال المزيل وشرطها وجوبها الحدث او الخبث وسببها وجوب الصلوة لا وجودها لان وجودها مشروط بها فكان متأخرا عنها والمتأخر لا يكون سببا للمتقدم وحكمها اباحة الصلوة او ما يشابهها كمن قامت به وانما جمع الطهارات نظرا الى انواعها ولا يشكل بالصلوة والزكوة لا الاتيان بالجمع في مثل احد الجائزين فلا يرد تركه نقضا ووجه تخصيص الطهارات بذلك ان انواعها اختلفت تغايرها من حيث الحقيقة والحكم والخفة والغلظ بخلاف انواع الصلوة والزكوة ولا يشكل بصلاة الجنازة ونحوها ذكاة وانما ابتدأ بكتاب الطهارة لانها مفتاح الصلوة التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الايمان على كل عبادة

قال رحمه الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة الآية بدأ بها تبركا والصريح تقديم الآية الدالة على فرضية الوضوء على حكمها وان كان القاعدة في الدعاوي تقديم المدعي ومعنى قوله اذا قمتم اي اذا اردتم القيام

من باب ذكر المسبب وارادة السبب الخاص فان الفعل الاختيارى لا يوجد بدون الارادة وذلك مجاز شايع كما عرف في موضعه وليس في هذا الموضع التفات كما توهم بعض الشارحين وظاهر الآية يقتضي وجوب الوضوء على كل قايم الى الصلوة وهو مذهب اهل الظاهر محدثا كان او غيره والجمهور على خلافه قالوا معناه اذا قمتم الى الصلوة وانتم محدثون لئلا يلزم تفويت المقصود الاصلى بالاشتغال بالوضوء ولان الحدث شرط وجوب الوضوء بدلالة النص فانه ذكر التيمم في قوله وان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط الى قوله فتيمموا صعيدا طيبا مقرونا بذكر الحدث وهو بدل عن الوضوء والنص في البدل نص في الاصل وانما اضمر قوله وانتم محدثون كما اضمر في فتح آية الطهارة بذكر الحدث كما قال هدى للمتقين ولم يقل هدى للضالين الصائرين الى التقوى بعد الضلال لكراهة ان يفتح اول الزهراوين بذكر الضلالة واعترض على الاول بان الجلوس في الوضوء ليس بواجب فلا يتم ما ذكرتم وعلى الثاني بان الآية بعبارتها تدل على وجوب الوضوء على كل قايم وآية التيمم تدل بدلالتها على وجوبه على المحدثين والعبارة قاضية على الدلالة كما عرف والجواب عن الاول لمسلمنا ان الجلوس في الوضوء غير واجب لكن خلاف ما ذكرنا يفضى الى وجوب القيام للوضوء دائما لان اداء الصلوة لا يتحقق اذ ذاك اذا توضأ قائما وذلك باطل بالاجماع وما يفضي الى الباطل باطل واذا ثبت هذا ظهر ان ظاهر الآية غير مراد فلا يقتضي عبارته الوضوء على كل قايم فسلم الدلالة عن المعارض ويسقط السؤال الثاني واعترض بان الاستدلال بالدلالة فاسد هاهنا لانها تدل على اشتراط وجوب التيمم بالحدث والتيمم بدل ويجوز ان يخالف البدل الاصل في الشرط فانه خالفه في اشتراط النية وهي شرط لا محالة والجواب ان كلامنا في مخالفة البدل الاصل في شرط السبب فان ارادة القيام الى الصلوة بشرط الحدث سبب لوجوب التيمم والبدل لا يخالف الاصل في سببه وما ذكرتم ليس بشرط السبب فان ارادة القيام الى الصلوة بشرطية النية ليست بسبب له وانما النية شرط صحة التيمم لا شرط سببه **قال** ففرض الطهارة الفاء للتعقيب دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل والفرض بمعنى المفروض والمراد بالطهارة الوضوء والاضافة للبيان وانما قدم الغسل والمسح ظهور معناهما اشارة الى دفع ما يذهب اليه الشافعي من تكرار مسح الرأس على ما سيجيء والى ان البلل الماء في المسح لا تسقط الفرض كما روى عن ابي يوسف وتفاصيل الشرع منتهاه وغايته في الرأس في الغة ثلث لغات والاضم افلا **قال** وهو مشتق منها اعترض عليه بان الثلاثي لا يكون مشتقا من المنشعبة وليس بشيء لان ذلك في الاشتقاق الصغير واما في الاشتقاق الكبير وهو ان يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى فهو جائز والمرفقان والكعبان تدخلان في الغسل عندنا وقال زفر لا يدخلان لان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم وهذا الذي ذكر المص لزفر خلاف ما ذكر له في شرح الاصول فان المذكور فيها تعارض الاشباه وهو ان من الغايات ما يدخل كما في القرآن من اوله الى آخره ومنها ما لا يدخل كما في قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة **قوله** ثم اتموا الصيام الى الليل وهذه الغاية اعني المرافق تشبه كلا منهما فلا تدخل بالشك ودليل كلام المص ان هذه الغاية على نوعين نوع يكون لمد الحكم اليها ونوع يكون لاسقاط الحكم عما وراءها والفاصل بينهما ما اصدر الكلام فان كان متناولا لما وراءها كان للثاني والا فللاول وما نحن فيه من الثاني لان ذكر اليد يتناول الاباط بدليل ان الصحابة رضي الله عنهم وهم اهل اللسان تمسحوا عند نزول آية التيمم فيبقى المرافق داخلة بخلاف ذكر الصوم فانه يتناول الامساك ساعة وكانت الغاية لمد الحكم اليها فيبقى الليل خارجا والكعب هو العظم الناتي والنتوء الارتفاع وقد صحح اختيار ما رواه هشام عن محمد انه قال هو المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك قال لان الكعب اسم للمفصل

ومنه كعوب الرمح والذي في وسط القدم مفصل وهو المتيقن به وهذا صحيح في المحرم اذا لم يجد نعلين فانه يقطع خفيه اسفل من الكعبين واما في الطهارة فلا شك انه العظم الناتي المتصل بعظم الساق ومنه الكاعب وهي الجارية التي يبدو ثديها للنهود **قوله** والمفروض في مسح الرأس اى المقدر على جهة الفرضية مقدار الناصية وهو ربع الرأس وهو كما ترى يشير الى انه يجوز من اي جانب كان واستدل على ذلك بقوله لما روى المغيرة بن شعبة ان النبي عليه السلام اتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه ولم يقتصر على ايراد الحديث بقوله ومسح على ناصيته مع حصول المقصود به لان نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب صحته وكذا قيل هو حديث واحد وقيل حديثان جمع القدوري بينهما فان الحديث الذي ذكر فيه السباطة لم يذكر فيه المسح على الناصية والذي ذكر فيه المسح عليها لم يذكر فيه السباطة والسباطة الكناسة من باب ذكر الحال وارادة المحل **قوله** محمل فالحق بيانا به جواب عما يقال حديث المغيرة خبر واحد لا يزاد به على الكتاب ووجهه انه ليس من باب الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالحق الخبر بيانا به ويجوز ان يقع خبر الواحد بيانا لمجمل الكتاب وفيه بحث وهو انا لا نسلم ان الكتاب مجمل لان المجمل لا يمكن العمل به الا بعد البيان من المجمل والعمل بهذا النص ممكن بحمل على الاقل لتيقنه سلمنا انه مجمل والخبر بيان له ولكن الدليل اخص من المدلول فان المدلول مقدار الناصية وهو ربع الرأس والدليل يدل على تعيين الناصية ومثله لا يفيد المطلوب سلمنا ولكن لا نسلم ان مقدار الناصية فرض لان الفرض ما ثبت بدليل قطعي وخبر الواحد لا يفيد القطع سلمنا ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد منتف فينتفي الملزوم والجواب انا لا نسلم ان العمل به قبل البيان ممكن **قوله** بحمله على الاقل قلنا الاقل من شعرة والمسح عليها لا يمكن الا بزيادة عليها ولا يمكن الفرض الا به فهو فرض والزيادة غير معلومة فتحقق الاجمال في المقدار والبيان انما يكون لما فيه الاجمال وكان الناصية بيانا للمقدار لا للمحل المسمى ناصية اذ لا اجمال في المحل وكان من ذكر الخاص وارادة العام وهو مجاز شايع وكانا متساويين في العموم والاصل ان خبر الواحد اذا لحق بيانا للمجمل كان الحكم بعده مضافا الى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب والكتاب دليل قطعي ولا نسلم انتفاء اللازم لان الجاحد من لا يكون متأولا وموجب الاقل والاستيعاب متأول يعتمد شبهة قوية ووقوع الشبهة منع التكفير من الجانبين الا ترى ان اهل البدع لم نكفرهم بما منعوا مما دل عليه الدليل القطعي في نظر اهل السنة لتأويلهم واذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب **قوله** وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلث اصابع لانه اكثر ما هو الاصل في آلة المسح وهو الاصابع قيل هي ظاهر الرواية لكونها المذكورة في الاصل فكان ينبغي ان يعتمد على ظاهر الرواية لو وضع الاصابع ولم يمدها جاز بخلاف الاولى **قال** وسنن الطهارة غسل اليدين لما فرغ من فرايض الوضوء بين سننه والسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وحكمها ان يثاب على الفعل ويستحق الملامة بالترك لا غير وسنن الطهارة اى الوضوء واللام للبيان وانما جمع دون الفرض لان الفرض في الاصل مصدر فيراعى ذلك ويستغنى عن الجمع بخلاف السنة وذكر الاناء وقع على عادتهم فانهم كانوا يتوضؤن من الاتوار وطريق غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء ان ياخذ الاناء بشماله ان كان صغيرا ويصب على يمينه فيغسلها ثلثا وان كان كبيرا لا يمكنه رفعه ياخذ الماء باناء آخر صغير ان كان معه فيصب بشماله على يمينه والا ادخل اصابع يده اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على يمينه فيغسلها ثلثا ثم يغسل اليمين **قوله** اذا استيقظ المتوضئ من نومه قيد الكرخي انه شرط حتى انه اذا لم يستيقظ

لا يتوضأ بها وقيل هو شرط اتفاق وخص المصنف غسلهما بالمستيقظ تبركا بلفظ الحديث والسنة تشمل المستيقظ وغيره وعليه
الاكثرون ووجه التمسك بالحديث ان الوضوء واجب وقد لا يتوصل اليه الا بالغرف والغرف حرام حتى يغسل اليد
ثلثا فيكون الغرف والغسل واجبين لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكن تركنا الوجوب الى السنة في الغسل
لانه عليه السلام علل بتوهم النجاسة وتوهمها لا يوجب التنجس الموجب للغسل فكان دليلا على التورع والاحتياط قوله
ولان اليد آلة التطهير بناء ايضا على ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكنه ترك لان طهارة
العضو حقيقة وحكما تدل على عدم الوجوب والرسغ منتهى الكف عند المفصل قوله وتسمية الله تعالى في ابتداء
الوضوء قال الطحاوي هو ان يقول بسم الله العظيم والحمد لله على الاسلام هو المنقول عن السلف وقيل انه مرفوع
الى النبي عليه السلام واستدل بقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم ووجه ذلك ان لا لنفي الجنس حقيقة فيقتضي
ان لا يكون وضوء الا بالتسمية واليه ذهب اصحاب الظواهر واحمد وجعلوا التسمية من شروط الوضوء لكنا قلنا
المراد به نفي الفضيلة لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به فان قيل فحينئذ كان كقوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة
الكتاب وهو افاد الوجوب اجيب بان خبر الفاتحة مشهور دونه والحكم يثبت بقدر دليله وليس بشئ
لانه لو كان كذلك لجاز به الزيادة على الكتاب وليس كذلك وبان النبي عليه السلام واظب على الفاتحة في الصلوة
من غير ترك دون التسمية فانه روي ان مهاجر بن قنفذ سلم على رسول الله فلم يرد عليه حتى فرغ من وضوئه فقال
عليه السلام انه لم يمنعني ان ارد عليك الا اني كرهت ان اذكر الله الا على طهارة وربما تمسك به مالك رحمه الله
وانكر التسمية في اول الوضوء فقال اتريد ان تذبح اشارة الى ان التسمية في الذبيحة دون الوضوء وذلك
كما ترى يدل على انه عليه السلام توضأ قبل ان يذكر الله وكونها سنة مختار الطحاوي والقدوري والاصح
ان التسمية مستحبة وان سماها في الكتاب يعني القدوري سنة لما ذكرنا ان النبي عليه السلام لم يواظب عليها وروي
ان عثمان وعليا رضي الله عنهما حكيا وضوء رسول الله ولم ينقل عنهما التسمية وما روي انه عليه السلام سمى
فهو من باب قوله عليه السلام كل امر ذي بال لم يبدأ ببسم الله فهو ابتر ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح دون
ما قيل يسمي قبل الاستنجاء لما انه من سنن الوضوء فيسمي قبله ليقع جميع افعال الوضوء فرضها وسننها بالتسمية وما
قيل يسمي بعد الاستنجاء لان قبله حال كشف العورة وذكر الله حال كشف العورة غير مستحب وانما كان ذلك هو الصحيح
لان قوله عليه السلام كل امر ذي بال لم يبدأ بذكر الله يستدعي التسمية في ابتداء الوضوء والاستنجاء لما كان ملحقا
به من حيث هو طهارة استحب ان يبدأ بها قوله والسواك اي استعمال خشب الصنوبر او الاراك او البان والسواك اسم
لخشبة معينة للاستياك وينبغي ان يكون من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان ويقوي المعدة وكونه
في غلظ الخنصر وطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا عند المضمضة لان النبي عليه السلام كان يواظب عليه وعند
فقده كان يعالج بالاصابع والمواظبة مع الترك دليل السنية وبدونه دليل الوجوب وقد دل على تركه حديث
الاعرابي فانه لم ينقل فيه تعليم السواك فلو كان واجبا لعلمه ويستدل بترك التعليم على عدمه دفعا للتعارض فان
عدم الترك يدل على الوجوب وترك التعليم على عدمه فكان ذلك قوله والمضمضة والاستنشاق لان النبي
عليه السلام فعلهما على المواظبة يعني مع الترك والدليل على الترك حديث الاعرابي على الوجه الذي ذكرنا وما روي
عن عائشة رضي الله عنها انها حكت وضوء رسول الله عليه السلام ولم يذكر المضمضة والاستنشاق وانما تعرض لكيفيتها
نفيا لقول الشافعي فان عنده الافضل ان يتمضمض ويستنشق بكف واحد لما روي انه عليه السلام فعل ذلك ولنا

ان الفم والانف عضوان منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد كسائر الاعضاء وتاويل ما روي انه لم يستعن باليدين كما في
غسل الوجه بل استعمل الكف الواحد قوله ومسح الاذنين وهو سنة بماء الرأس لا بماء جديد خلافا للشافعي فان عنده
هو سنة بماء جديد وقال في النهاية انتصاب خلافا يجوز ان يكون على المفعول المطلق باضمار فعله اي نخالف قولنا هذا يخالف
خلافا للشافعي او هذا المذكور في المعنى يخالف فكان مصدرا مؤكدا لمضمون الجملة كقوله لفلان على الف درهم عرفا
استدل الشافعي بما روى ابو امامة الباهلي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اخذ لاذنيه ماء جديدا ولنا ما روى
ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام مسح براسه واذنيه بماء واحد وقال الاذنان من الرأس ووجه التمسك
ان المراد بقوله الاذنان من الرأس ووجه التمسك ان المراد اما ان يكون بيان الحقيقة وهو عليه السلام بعث
لذلك على انه مشاهد لا يحتاج الى بيان او بيان انهما ممسوحان كالرأس لا بماء الرأس ولا سبيل اليه لان الاشتراك
بين الشيئين في امر غير موجب كون احدهما من الآخر كالرجل مع الوجه لاشتراكهما في الغسل والخف من الرأس
لاشتراكهما في المسح وانما انهما ممسوحان بماء الرأس وذلك يناسب الذكر عند مسح الاذنين بماء واحد فانه اذا
كان من ابعاض الرأس حقيقة وحكما جاز ان يمسح بماء واحد فكذا اذا حكم الشرع بذلك فان قيل فعلى هذا ينبغي
ان يجزئه مسحهما عن مسح الرأس اجيب بان كون الاذن من الرأس ثبت بخبر الواحد فلا يقع عما ثبت بالكتاب كما
ان التوجه الى الحطيم لا يجزئ لان كونه من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه الى البيت ثابت بالكتاب فلا يجزئ
عما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به قوله وتخليل اللحية لان النبي عليه السلام امره جبرئيل عليه السلام به
قال عليه السلام نزل جبرئيل عليه السلام يامرني ان اخلل لحيتي اذا توضأت ووجه التمسك ان الامر للوجوب الا انا
تركناه لئلا يعارض الكتاب وفيه نظر لانه انما يلزم ذلك ان لو افاد الفرضية ولم يقل به احد وانما اذا افاد الوجوب
يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك فانه روي عن ابي حنيفة رح انه قال ما روي انه عليه السلام اخذ كفا من ماء
فخلل به لحيته وقال بهذا امرني ربي لم يثبت الا مرة واحدة وعن هذا نقل عنه انه قال مسح اللحية جائز ليس بسنة ومعنى
جائز ان صاحبه لا ينسب الى البدعة وهو المنقول عن محمد كما ذكر في الكتاب قوله لان السنة اكمال الوضوء اكمال
الفرض في محله والداخل اي داخل اللحية ليس محل الفرض لعدم وجوب ايصال الماء اليه بالاتفاق واعترض بان
المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم ليس محل الفرض في الوضوء واجيب بان الفم والانف من الوجه
من وجه اذ لهما حكم الخارج من وجه والوجه محل الفرض قوله خللوا الخ يفيد الوجوب وان كان مقرونا بالوعيد لكن
حديث الاعرابي والاخبار التي حكي فيها وضوء رسول الله عليه السلام من غير ذكر التخليل فيها يصرفه عن افادة الوجوب والوعيد
مصروف الى ما اذا لم يصل الماء بين الاصابع قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة اي غسل كل عضو مرة
بالقبول الجواز ورتب على الزيادة والنقصان وعيدا وليس على ظاهره فلا بد من تأويل وهو من زاد على اعضاء الوضوء
او نقص عنها او زاد على الحد المحدود او نقص منه او زاد على الثلث معتقدا ان كمال السنة لا يحصل بالثلث فهو
اوجه وقوله فقد تعدى يرجع الى الزيادة لانه مجاوزة عن الحد قوله وظلم يرجع الى النقصان قال الله تعالى
ولم تظلم منه شيئا اي لم تنقص وقوله والوعيد لعدم رؤيته سنة اشارة الى اختيار التأويل الثالث يعني انه اذا زاد
لطمانينة القلب عند الشك او بنية وضوء آخر فلا بأس به فان الوضوء على الوضوء نور على نور وقد امر بترك ما يريبه الى ما لا
يريبه قوله ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة قيل المستحب ما يثاب على فعله ولا يلام على تركه قوله فالنية
في الوضوء سنة عندنا يثاب في ذلك لان السنة ما يثاب على فعله ويلام على تركه والظاهر ان الاول اختيار القدوري والثاني

اختيار المص وتفسير النية في الوضوء هو ان ينوي ازالة الحدث او اقامة الصلوة وهي فرض عند الشافعي قال لانه عبادة
اذ العبادة فعل ياتي به المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والوضوء بهذه المثابة وكل ما هو عبادة لا تصح بدون
النية لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين والاخلاص لا يحصل الا بالنية وقد جعلها الا للعابدين والاحوال
فيكون كل عبادة مشروطة بالنية وقاسه على التيمم في كونهما طهارتين للصلوة ولنا ان القول بموجب العلة يعني سلمنا ان
الوضوء لا يقع عبادة الا بالنية لكن ليس كلامنا في ذلك وانما هو في ان استعمال الماء المطهر في اعضاء الوضوء هل
يوجب الطهارة بدون النية حتى يكون مفتاحا للصلوة او لا ولا دخل لكونه عبادة في ذلك ويفيد ذلك بدونها لان مفتاح
الصلوة الطهور حكم الامر بتطهيرها والماء طهور بطبعه فاذا لاقى النجس طهره قصد
المستعمل ذلك او لا كالثوب النجس كما في حق الادواء بخلاف التيمم فان التراب لم يجعل مطهرا طبعا فلم يبق فيه
الا معنى التعبد ولا تعبد بدون النية فان قيل في الوضوء مسح والمسح لم يجعل مطهرا طبعا فيحتاج الى النية اجيب
بان مسح الراس لم يجعل الغسل قائما مقامه وانتقل الرأي بعضهم الى الجرح قوله او هو ينبئ عن القصد فلا يتحقق بدونه
قيل بمعنى التيمم ينبئ عن القصد والنية هو القصد فلا يتحقق التيمم بدون القصد اي النية وفيه نظر لان
النية ليست القصد المطلق والقصد الذي هو النية انما هو قصد خاص وهو قصد اباحة الصلوة والاعم لا يدل على
الاخص ولا الاول يدل على الثاني بالتضمن ولا احدهما على الآخر قوله ويستوعب راسه بالمسح اي يستحب ان
يستوعب راسه على اختيار القدوري قوله وهو سنة يعني على اختياره وصفة الاستيعاب ان يبل يديه ويضع
بطون ثلث اصابع من كل كف على مقدم الراس ويعزل السبابتين والابهامين ويجافي الكفين ويجرهما الى مؤخر الراس
ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرهما الى مقدم الراس ويمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين بباطن
السبابتين ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا هكذا روت عائشة في مسح رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي السنة التثليث بمياه مختلفة لانه ركن في الوضوء فكان التثليث فيه سنة كغسل
الوجه واليدين والرجلين ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح راسه مرة واحدة وقال هذا وضوء
رسول الله عليه السلام وقد روي عن عثمان وعلي ومعاذ وابن عباس والبراء وابي امامة الباهلي مثل ذلك قال
الترمذي والعمل عليه عند اكثر اهل العلم من اصحاب رسول الله عليه السلام ومن بعدهم وقد روى عن عثمان
وعلي رضي الله عنهما انهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسلا ثلثا ثلثا ومسحا ثلثا قلنا
المشهور عنهما ما رويناه والذي يروى فيه من التثليث يريد به ذلك يعني على تقدير ثبوته تحمل عليه
اي على التثليث بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رح ذكر الحسن في المجرد عن ابي حنيفة
انه اذا مسح ثلثا بماء واحد كان مسنونا فان قيل فعلى هذا البلل مستعملا بالمرة الاولى فكيف يسن امراره ثانيا
اجيب بانه يأخذ حكم الاستعمال لاقامة فرض آخر لا لاقامة السنة لانها تبع للفرض الا ترى ان الاستيعاب يسن بماء
واحد قوله ولان المفروض هو المسح دليل آخر وتقريره المفروض هو المسح والمسح بتكرار الغسل لا يسن المفروض
هو الغسل فهو بخلاف الكتاب والسنة والاجماع فلا يكون التكرار مسنونا لان السنة في الوضوء اكمال الفرض في
محله ولا تكمل كمسح الخف قوله ومسح الراس فلا يستن تكرار مسح الراس في الوضوء وكلما يمسح
في الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف قوله بخلاف الغسل متصل بقوله والتكرار يصيره غسلا ومعناه ان المسح يفسد
بالتكرار بخلاف الغسل فانه لا يفسده فكان قياس الشافعي الممسوح على المغسول فاسدا قوله ويرتب الوضوء فيبدأ

بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن والترتيب في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية ووجه الاستدلال ان الفاء للتعقيب
والتعقيب بلا ترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام الى الصلوة واذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره لان احدا
لم يقل بالفصل ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة والفاء دخلت على جملة الاعضاء فتقتضي تعقيب
جملة الاعضاء من غير ترتيب ونحن نقول به ولا كلام فيه وانما الكلام في ترتيب الاعضاء بعضها على بعض
والدليل عليه انها لا تفيد الترتيب كيف وقد ادعى المصنف اجماع اهل اللغة ومنهم من يقول انها تفيد
الترتيب ومنهم من يقول يفيد القران اجيب بان ابا علي الفارسي ذكر ان النحاة اجمعوا ان الواو لمطلق الجمع وذكر
سيبويه في سبعة عشر موضعا من كتابه انها للجمع المطلق وان الخلاف على ذلك قليل لا يمنع الاجماع اللغوي قوله
والبداية بالميامن فضيلة اي مستحبة والبيان يجيء وهو خلاف الميسرة وذكره في المغرب ان البداية بالياء خطأ
والصواب البداءة لقوله عليه السلام ان الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل

فصل في نواقض الوضوء

قيل الفصل لغة الحجز بين الشيئين وفي اصطلاح المصنفين الطائفة من المسائل الفقهية
تغيرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسننه ومستحبه
بدأ ببيان ما ينقضه العوارض اذ العارض انما يكون متاخرا عن المعروض والنواقض جمع ناقضة والنقض حقيقة
في الاجسام يراد به ابطال تاليفها ومتى اضيف الى المعاني يراد به اخراجه عما هو المطلوب به وهاهنا المراد
استباحة الصلوة والمعاني الناقضة اي العلل المؤثرة في اخراج الوضوء عما هو المطلوب به كل ما يخرج من السبيلين
اي خروج كل ما يخرج من السبيلين يعني القبل والدبر والذكر وانما قدرنا المضاف فيصح الحمل فان حمل الخارج على
المعنى غير صحيح وانما عبر عن العلل بالمعاني اقتداء بالنبي عليه السلام في قوله لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان
ثلث واحترازا عن عبارة الفلاسفة فان المتقدمين استنكفوا عن الفاظ العلة الى ان نشأ الطحاوي فاستعملها فقيل
فان قيل الكلية منتقضة بالريح الخارج من الذكر والقبل فانه لا ينقض الوضوء على الصحيح اجيب بانه
مخصوص من العموم لانه لا ينبعث عن محل النجاسة وانما هو اختلاج والقبل محل الوطء ليس بمحل النجاسة فلا ينقض
فالمراد بعلها وهو في نفس ظاهر عند المصنف على الصحيح ووجه الاستدلال ان الغائط
والمراد الغائط المكان المطمئن من الارض ينتهي اليه الانسان عند ارادة قضاء الحاجة فكنى عن الحدث لكونه من لوازمه
ووجوب التيمم على المجيء من الغائط حال عدم الماء وهو لا يتم الا بخروج النجس فكان كناية عن الحدث لكونه من اللوازم
وارادة الملزوم والترتيب على العلة واذا ثبت ذلك في التيمم ثبت في الوضوء لان ما ذكر فيه البدل لا يخالف
الاصل في السبب لا محالة وقد تقدم ان الحدث شرط الوضوء فكيف يكون علة ينقضه لانه علة لاحكام وشرط
باسيكون ولا تنافي بينهما قوله وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة فيتناول المعتاد وغيره فان قوله لا وضوء الا
نادر كالحصاة والدود ودم الاستحاضة مستدلا بان الله تعالى جعل المجيء من الغائط على الوجه المتقدم حدثا مقتضيا للحاجة
المعتادة فلا يكون غيرها حدثا قلنا تقييد بلا دليل مقابلة بابطل على خلاف وهو على ما قوله والدم
والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير والنجس من بدن الانسان كيف كان علة للانتقاض عنده

العشرة المبشرة وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وصدور التابعين رضي الله عنهم
تعيد بالخروج لان نفس النجاسة غير ناقضة ما لم يوصف بالخروج والا لما حصلت الطهارة لشخص ما والمراد بالبدن
بدن الحي كما ذكرنا فانها ان خرجت من الميت بعد غسله لا يوجب اعادة غسله بل يوجب غسل ذلك الموضع على ما
سياتي وشرط التجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير احترازا عما يبدو ولم يتجاوز فانه لا يسمى خارجا فكان تفسير الخروج
وردا لما ظن زفر ان البادي خارج حتى اورد ما لم يسل نقضا على قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء
قوله يلحقه حكم التطهير والمراد ان يجب تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الراس الى قصبة الانف
انتقض الوضوء بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر ولم يظهر لان النجاسة هناك لم تصل الى موضع يلحقه التطهير
وفي الانف وصلت الى ذلك اذ الاستنشاق فرض في الجنابة وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا
ينقض الوضوء لما روي عن النبي عليه السلام انه قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي اي امر
تعبدنا به كما شاء الله من غير معنى يعقل اذ العقل انما يقتضي وجوب غسل موضع اصابة النجاسة فيقتصر على مورد
الشرع وهو الخروج المعتاد والياء في تعبدي يجوز ان يكون للنسبة ويجوز ان يكون للمبالغة كاحمري في احمر ويجوز
ان يكون معناه امر تعبدي لان القياس يقتضي وجوب غسل كل الاعضاء كما في المني بل بالطريق الاولى لان
الغائط انجس من المني لاختلاف في نجاسته دون الغائط فالاقتصار على الاعضاء الاربعة امر تعبدي ولنا
قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل خرجه الدار قطني ووجه الاستدلال ان مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب
كما في قوله في خمس من الابل شاة ولا خلاف فيه وقوله عليه السلام الماء من الماء ولا خلاف في وجوب الغسل بسبب
خروج المني وكان معناه توضؤا من كل دم سائل من البدن وانما عبر عنه بلفظ الخبر لكونه اكد في الدلالة على الوجوب
لان الامر اذا كان ممن لا يكذب في كلامه يخبر عن مطلوبه بلفظ فاخبر عن ذلك وهو ايتكو من واجبا فان الامر اذا كان ممن لا يكذب في كلامه يخبر عن مطلوبه بلفظ
الخبر تاكيدا للطلب لان في تركه تكذيبا له وهو ممن لا يكذب على ما عرف في موضعه فان قيل سلمناه لكن يجوز ان يكون
المراد به الوضوء اللغوي قلنا ذاك مجاز شرعي ولا يترك الحقيقة الشرعية في كلام الشارع بلا دليل وقوله عليه
السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم رواه ابن ابي مليكة عن عائشة عن النبي
عليه السلام ذكره الرازي في شرح الطحاوي يقال رعف اذا سال رعافه قال المطرزي وفتح العين هو الفصيح وقو
التمسك به من اوجه احدها الامر بالانصراف وهو ابطال العمل المنهي عنه المفضي الى الناقض المستحيل بالشرع فان
قيل جاز ان يكون الامر بالانصراف لازالة نجاسة اصابت ثوبه او بدنه من الرعاف اجيب بان الامر بالبناء يابا ه
فان البناء اذ ذاك غير جائز بالاتفاق والثاني الامر بالوضوء والامر للوجوب وارادة الوضوء اللغوي مدفوعة
بما تقدم في الحديث الاول لا يقال وقع في الشرع ذلك اذ غسل فمه بعدما قاء فقيل الا توضأ وضوءك للصلوة
فقال عليه السلام هكذا الوضوء من القي لان ذلك بقرينة فانه عليه السلام قال ذلك بطريق المشاكلة لقول السائل
الا توضأ وضوءك للصلوة والثالث انه امر بالبناء وادناه الاباحة ولا اباحة للبناء بعد العمل الكثير الا بعد
انتقاض الطهارة بالاتفاق لا يقال هو واجب بالاتفاق فكذا ما عطف عليه لان القران في النظم لا يوجب القران
في الحكم الا يرى الى قوله كلوا من رزق ربكم واشكروا له فان الامر الاول للاباحة والثاني للوجوب واذا جاز ذلك فعكسه
اولى لانه اتباع الضعيف للقوي قوله ولان خروج النجاسة اي صفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق
القياس والمعنى ظاهر من حذف عظيم مع وجازة اللفظ وبيانه على وجه واضح يحتاج الى ذكر الاصل والفرع

القياس فعلينا ان نذكر ذلك ايضا فنقول القياس ابانة مثل حكم احد المذكورين بمثل علته في الآخر فالمذكور الاول
هو الاصل والثاني هو الفرع وشروطه ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه بنص آخر كشهادة خزيمة وان لا يكون معدولا
به عن القياس كبقاء الصوم مع الاكل ناسيا وان يتعدى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص
فيه ولما معرفة تفاصيل ذلك وما يحترز عنه لكل قيد من القيود فموضعه اصول الفقه اذا عرف هذا فنقول اما الاصل
فيما نحن فيه فهو الخارج من السبيلين اعني الغائط والبول وهو يشتمل على معنى معقول وهو ان خروج النجاسة
اثر في زوال الطهارة عن المخرج لا تصافه بضد الطهارة وهو التلوث بالنجاسة وعن سائر البدن باعتبار
ان الاتصاف بالحدث لا يقبل التجزي وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة واما الفرع
فيه فهو الخارج من غير السبيلين وذلك لان علماءنا اعتبروا فاستنبطوا ان الخارج من السبيلين كان حدثا
لكونه نجسا خارجا من بدن الانسان من قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط الآية وهو نص معلول بذلك لكونه
لظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس ووجدوا مثل ذلك في الخارج
من غير السبيلين فعدوا الحكم الاول اليه وتعدية الحكم الثاني وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة ايضا ضرورة
تعدي الاول لانه لو لم يتعدى اليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس فان قيل التغير واقع لان مجرد
الخروج مؤثر في الاصل واعتبرتم في الفرع السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير اجاب المص بقوله غير ان
الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم الى آخره فان قيل قد ذكرتم ان من شرط
القياس ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه بنص آخر ولا نسلم وجوده في محل النزاع لما روي انه عليه السلام
قاء فلم يتوضأ فانه يدل على ان قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط مخصوص بحكمه وهو نقض الطهارة فالجواب
ان ذلك يحول على التعليل كما ذكر في الكتاب ويجاب بما قيل ومن شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه وقد
رويتم فيه حديثين بان ذلك الشرط ليس بمتفق عليه فجاز ان يكون اختيار المص خلافه ولقايل ان يقول قد ذكرتم ان
الاصل يشتمل على معنى معقول ومعنى غير معقول وعديتم غير المعقول تبعا للمعقول لئلا يلزم التغير المنسد للتعليل
المعقول فهلا تركتم تعدية غير المعقول وجعلتم المعقول تبعا له في ذلك والجواب من وجهين احدهما ان الاول
معقول لما ذكرنا ومشروع لا عتبار الشرع حدثا والثاني مشروع فقط فجعله تابعا للاول اولى من عكسه لا محالة والثاني
ان الشرع لما اعتبر الاول حدثا استلزم الطهارة عند تكرره وفي غسل جميع البدن كلما وجد حرج بين فاقتصر
على الاعضاء الاربعة تيسيرا علينا وكان الثاني من ضرورات الاول فكان تابعا له وعرف ملأ الفم بما ذكر
في الكتاب وهو رواية الحسن بن زياد وقيل ان منع من الكلام فهو ملاء والا فلا وفرق بين الملاء وغيره لان الفم
يجاذب فيه دليلان احدهما يقتضي كونه ظاهرا والآخر يقتضي كونه باطنا حقيقة وحكما اما الحقيقة فلانه اذا فتح فاه
يظهر واذا ضمه يبطن واما الحكم فلان الصائم اذا اخذ الماء بفيه ثم مجه لم يفسد صومه كما اذا سال الماء على ظاهر
بدنه فكان ظاهرا واذا ابتلع ريقه لا يفسد صومه ايضا كما اذا انتقل من زاوية من بطنه الى اخرى فكان باطنا
فوفرنا على الدليلين حكمهما فقلنا اذا كثر ينقض لانه يخرج غالبا حيث لا يقدر الانسان على ضبطه الا بكلفة فاعتبر
خارجا واذا قل لا ينقض فيصير تبعا للريق واليه اشار بقوله لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا فان قيل عرفنا المص ملاء
الفم ثم استدل عليه والتعريفات لا يستدل عليها فالجواب ان قوله لانه يخرج ظاهرا ليس دليلا لقوله وملاء الفم ان يكون
بحال الى آخره بل هو دليل لقوله وبملاء الفم في القي قوله وقال زفر قليل القي وكثيره سواء قال زفر لما كان

الخارج من غير السبيلين وهو قياس ظاهر ولقوله عليه السلام القلس حدث رواه سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن ابيه
اباه عن رسول الله عليه السلام ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ووجه الاستدلال انه ذكر القليل انه قال القلس
ما خرج من الفم ملاء الفم او دونه وانما قدم الاستدلال بالقياس على الاستدلال بالحديث لان الخصم معترف بحجة القياس
لا نزاع له فيها فكان اقطع في الالزام ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون
سائلا اي ليس في القطرة والقطرتين بالخروج من الدم وضوء ولكن اذا سال الدم ففيه الوضوء وحاصل معناه كلاهما
في الدم القليل لكن في الكثير وضوء وهو السائل فالاستثناء منقطع لان الحقيقة ليست بمرادة لحصولها
السيلان والمجاز وهو القليل لا يتناول السائل فلا يكون متصلا فان قيل لا نسلم ان الحقيقة ليست بمرادة
لجواز ان يكون المراد منه قطرة الدم من راس الجرح من غير ان يسيل الى موضع يلحقه حكم التطهير فالجواب ان
هذا المنع لا يضرنا لان الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعا وهو ظاهر **قوله** وقول علي رضي الله عنه
حين عدد الاحداث جملة او دسعة اي دفعة من القي استدلال بالاثر والظاهر انه قال لما عاين النبي صلى الله عليه وسلم
فصار قوله كقوله عليه السلام واذا تعارضت الاخبار يعني ان الاصل في الدليلين المتعارضين ان يعمل بهما ان
امكن وان لم يكن تهاترا فيصار الى القياس وان تعارض القياسان يعمل المجتهد بايهما شاء وفي مسئلتنا هذه
تعارض ما رواه الشافعي من قوله عليه السلام قاء فلم يتوضأ وما رواه زفر من قوله القلس حدث والعمل بهما ممكن
بحمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه زفر على الكثير وذلك لان القي ملاء الفم من كثرة الاكل وسول الله عليه السلام
كان منزها عن ذلك بمنزلة **قوله** والفرق بين المسلكين اي المخرج المعتاد وغيره جواب لزفر عن اعتبار غير المعتاد
بالمعتاد وبيانه عند قوله غير ان الخروج الى الاخر فلا يتبين ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع ملاء الفم فعند ابي
يوسف يعتبر اتحاد المجلس لان له اثرا في جمع المتفرقات ولهذا يجعل الاقوال المتفرقة في النكاح والبيع وسائر
العقود باتحاد المجلس وكذلك التلاوات المتعددة لاية السجدة يتحد باتحاد المجلس وعند محمد باتحاد السبب
الغثيان لان الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب الصحة والفساد فيتحد باتحاده الا ترى انه اذا جرح جراحات
ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البرء اختلف وتفسير الاتحاد في الغثيان ان يقي ثانيا قبل سكون
النفس عن الغثيان الاول فان سكنت ثم قاء فهو حدث جديد ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي
يوسف وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنه ذكره في جامع الكردري وهو الصحيح وهو اختيار بعض مشايخنا اعتمادا
المس واحترز بقوله هو الصحيح عن قول محمد فانه نجس عنده واختيار بعض المشايخ احتياطا وفائدته تظهر فيما اذا
اخذ بقطنة فالقاه في الماء لا ينجس الماء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقول ابي يوسف ارفق خصوصا في حق
اصحاب القروح ووجه الصحة ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة ومعناه
ان الخارج النجس من بدن الانسان الحي يستلزم كونه حدثا فاذا لم يكن حدثا فقد انتفى اللازم وانتفاؤه يستلزم
انتفاء الملزوم وفي كلامه نظر من وجهين احدهما ان القضية فيه قوله لانه راجع الى ما لا يكون حدثا ومعنى قوله لم ينتقض
به الطهارة ليس بحدث فكان معنى كلامه لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما لانه ليس بحدث وهو مصادرة على
المطلوب من وجهين والثاني انه لا يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لان عدم النقض يجوز ان يكون لكونه
غير خارج لا لكونه غير نجس فان علة النقض ذات وصفين وصف الخروج ووصف النجاسة فيجوز ان يكون انتفاؤه
غير خارج دون انتفاء الوصف الاخر والجواب عن الاول ان تقرير كلامه هكذا ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا لان

لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما **قوله** حكما اشارة الى ان النجس ما يحكم الشرع بنجاسته والشرع لم يحكم بنجاسته لا
يحكم بالنجاسة يستلزم كونه حدثا وليس بحدث لما دل عليه من الدليل فلا يكون نجسا وعن الثاني بان غير الخارج لا يعطى
له حكم النجاسة لكونه في محلها فان خرج حكي وهو حامل غلة او سيف حال الجهاد ما جازت صلوته وكان انتفاء الخروج
مستلزما لانتفاء النجاسة ونوقض بدم الاستحاضة والجرح السائل فانه ليس بحدث وهو نجس واجيب بانا لا
نسلم انه ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر اثره حتى يخرج الوقت **قوله** وهذا اي الذي ذكرنا من انتقاض
الطهارة بملاء الفم اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما يعني صرفا لا يشوبه طعام فاما ان نزل من الراس
او ارتقى من الجوف والاول غير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة وكذا الثاني عندهما خلافا لابي
يوسف وله انه نجس لمجاورته ما في المعدة من النجاسة وقد خرج الى موضع يلحقه حكم التطهير فيكون ناقضا كالطعام
والصفراء ولهما ان البلغم لزج لا تخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القي غير ناقض فان قيل ينتقض
بلغم يقع في النجاسة ثم يرفع فانه يحكم بنجاسته اجيب بانه لا رواية في هذه المسئلة ولئن سلم فالفرق بينهما ان
البلغم ما دام في الباطن يزداد ثخانة فيزداد لزجه فاذا انفصل عن الباطن يقل ثخانته فيقل لزجه ازداد رقة
فجاز ان يقبل النجاسة ولم يذكر ما اذا اختلط البلغم بالطعام قالوا يعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالبا ينقض
كالدم والا فلا ولو قاء دما فاما ان يكون منجمدا وهو العلق او مائعا فان كان الاول يعتبر فيه ملاء الفم لانه
سوداء محترقة وهي يخرج من المعدة والخارج منها حدث اذا كان ملاء الفم وان كان الثاني فكذلك عند محمد
اعتبارا بسائر انواعه قيل وهي جنس الطعام والماء والمرة والصفراء والسوداء وعندهما ان سال بقوة نفسه
نقض وان قل لان المعدة ليست محلا للدم فيكون من قرحة في الجوف ظاهرا فيعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة
والمعتبر هنا السيلان فكذلك هنا ذكره في مبسوط شيخ الاسلام ان قول ابي يوسف في هذه المسئلة مضطرب
منهم من جعله مع محمد ومنهم من جعله مع ابي حنيفة واختار المص **قوله** ولو نزل الى الدم الى ما لان اي الذي لا يلين من
الانف يعني المارن فان قيل حكم هذه المسئلة قد علم من قوله في اول الفصل ما الدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا
الى موضع يلحقه حكم التطهير فكان ذكره تكرارا اجيب بان ذكره هاهنا ليس لبيان حكمه لكونه معلوما من ذلك وانما
وصل الدم الى قصبة الانف وانما ذكره هاهنا بيانا لانه لا اتفاق اصحابنا لان عند زفر لا ينقض بوصوله الى قصبة الانف
وانما ينقض اذا وصل الى ما لان والى ذلك اشار بقوله بالاتفاق **قوله** لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير يعني الاستنشاق
لعدم التطهير وقيل ذلك عند وفرح **قال** والنوم مضطجعا لما فرغ من بيان نقض الوضوء بما يخرج
من البدن حقيقة ذكر نقضه بما يوجب ذلك حكما والنوم مضطجعا وهو ان يضع النائم جنبه على الارض ينقض الوضوء
لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يخلو عن خروج ريح عادة والثابت عادة كالمتيقن به الا ترى
ان من دخل المستراح ثم شك في وضوئه فانه يحكم بنقض وضوئه لان العادة جرت منه الدخول في الخلاء
بخلاف ما اذا شك بدون الدخول وكذلك النوم متكئا اي على احد وركيه والاتكاء افتعال من وكاء بمعنى الفاء
مهموز اللام معتد لا مستعمل بابدال التاء في اتكاء من الواو واذ الاصل اوتكاء فان التاء تبدل من الواو في افتعل
وشبهه لان الاتكاء يزيل مسكة اليقظة اي التماسك الذي يكون لليقظان وكذلك الاستناد الى شيء لو ازيل
او ما يليه لسقط ذا ان يسقط وهو ليس من اصل رواية المبسوط وانما هو مما اختاره الطحاوي لان الاسترخاء يبلغ
غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط والمروي عن ابي حنيفة انه لا ينتقض وضوءه

على كل حال لان مقعده مستقر على الارض فيأمن خروج شيء منه قوله بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود
في الصلوة يعني اذا كان على هيئة سجود الصلوة من تجافي البطن عن الفخذ وعدم افتراش الذراعين اما اذا كان بخلافه فينتقض
قوله في غير الصلوة هو الصحيح احترازا عما ذكره ابن شجاع انه لا يكون حدثا في هذه الاحوال اذا كان في الصلوة فاما اذا كان خارج
الصلوة يكون حدثا والذي نحن فيه هو ظاهر الرواية لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء واذا لم يتم
لم يكن النوم في هذه الاحوال سببا لخروج شيء عادة فلا يقام مقامه لان السبب انما يقام مقام المسبب اذا كان غالب
الوجود بذلك السبب اما اذا لم يغلب فلا لانه حينئذ يقع الشك في وجود الحدث والوضوء كان ثابتا بيقين فلا
يزال بالشك والاصل فيه اي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الاحوال قوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على
من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله
رواه الترمذي مسندا الى ابن عباس عن رسول الله عليه السلام فان قيل هذا الحديث غير صحيح لان مداره على ابي العالية
وهو ضعيف عند النقلة روي عن ابن سيرين انه قال حدث عمن شئت الا عن ابي العالية فانه لا يبالي عمن اخذ ولا
يبالي او روي عن كل احد اجيب بان ابا العالية ثقة نقل عنه الثقات كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي رحمهم الله
وكونه لا يبالي عمن اخذ يؤثر في مراسيله دون مسانيده وقد اسند هذا الحديث الى ابن عباس يعني فقدحه وجه التمسك
من هذا الحديث من وجوه الاول نفي الوضوء عمن نام قائما او راكعا والثاني اثباته على من نام مضطجعا وكذا بانما فان
قيل انما للحصر فيقتضي ههنا ان الوضوء ينحصر على من نام مضطجعا بل هو واجب على المستند والمتكي كما اجيب بانا
لا نسلم انه للحصر بل هو لتاكيد الاثبات ولئن سلمنا فصيغته افادت الحصر في المضطجع والمتكي والمستند ملحق به بطريق
الدلالة والثالث التعليل وهو قوله فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله تبلغ الاسترخاء غايته لان اصل الاسترخاء
يوجد في نوم القائم وجد بينا فيض اول الحديث واخره وربما يشير الى هذا قوله من قبل لان بعض الاستمساك باق
قوله فلا يتم الاسترخاء قال والغلبة على العقل بالاغماء والجنون مرفوع عطفا على قوله والغلبة
والمرحلة لان العقل في الاغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز الاغماء على الانبياء دون الجنون قوله
مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى وسببه امتلاء بطون الدماغ من بلغم غليظ وقوله لانه اي لان كل واحد
من الاغماء والجنون فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء لان النائم ينتبه بالتنبيه دونهما والاغماء حدث في الاحوال
كلها يعني حال القيام والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء وهو القياس في النوم لزوال المتعقد عن الارض
ووجود اصل الاسترخاء ولكنا تركنا هذا القياس في النوم بقوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما الحديث وا
فوقه كما مر فلا يقاس عليه ولا يلحق به دلالة اذ لا يلزم من ان لا يكون ادنى الغفلة ناقضا ان لا يكون اعلاها ناقضا
والسكر اذا حصلت المشية تمايل كالاغماء قيل اي يعقل العقل الجنون وعن المشايخ من علله بغلبة الاسترخاء وردوا
الجنون وقد يكون اقوى في الصحيح والاولى ان يقال انه ناقض باعتبار عدم مبالاته وتميز الحدث من غيره قوله
والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود احترازا عن صلوة الجنازة وكلامه واضح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا رواه ابو حنيفة عن منصور بن زاذان عن الحسن عن معبد الجهني ان النبي عليه السلام كان
يصلي باصحابه اذ جاء اعرابي وفي بصره سوء اي ضعف فوقع في ركية فضحك بعض اصحابه فلما فرغ من صلوته
قال الا من ضحك منكم الحديث رواه اسامة بن زيد عن ابيه ورواه ابو العالية مرسلا ومسندا الى ابي موسى الاشعري
اي بمثل هذا الحديث الذي عمل به الصحابة والتابعون وكان راويه معروفا بالفقه والتقدم في الاجتهاد كابي موسى

الاشعري بترك القياس قيل التعلق به لا يصح لانه لم يكن في مسجد النبي عليه السلام ركية فكان موضوعا واجيب بانه
ليس في خبر الجهني انه كان يصلي في المسجد فيجوز ان يكون في الموضع الذي يصلي فيه ركية وراوي المسجد كابي موسى
واسامة ثقة وهو مثبت فهو اولى قيل لا يصح من وجه اخر وهو انه لا يتوهم على اصحاب رسول الله الضحك في الصلوة
خلفه والذين كانوا خلفه اصحابه واجيب بانه كان يصلي خلفه الصحابة وغيرهم من المنافقين والاعراب الجهال وهذا
من باب حسن الظن بهم والا فليس الضحك كبيرة وهم ليسوا عن الصغاير معصومين ولا عن الكباير على تقدير كونه
كبيرة قوله والاثر ورد في صلوة مطلقة اي كاملة فيقتصر عليها فلا يتعدى الى صلوة الجنازة وسجدة التلاوة
وصلوة الصبي وصلوة الباني بعد الوضوء على احدى الروايتين وصلوة النائم فان الوضوء لا ينتقض في
جميع ذلك وفرق بين القهقهة والضحك وهو واضح ولم يذكر التبسم لانه ليس بمفسد للصلوة ولا للوضوء
فليس له ههنا مدخل قال جابر بن عبد الله رضي الله عنه ما رأى رسول الله الا التبسم ولو في الصلوة قال
والدابة تخرج من الدبر ينقض الوضوء الدابة الدودة التي تنشأ في البطن اذا خرجت من الدبر نقضت الوضوء
والتي تنشأ في الجرح اذا خرجت منه لم ينقض لان نفس الدودة ليست بنجسة ولهذا لو صلت جازت الصلوة
معها فلم يبق الا النجس الذي عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الخارج من الجرح
الجشاء في عدم النقض والخارج من الدبر الفساء في نقض الوضوء بها قيل انما قيد الدابة بالدودة لان الدابة
ما يدب على الارض فربما يتوهم ان المراد ما يدخل الجرح كالذباب ويخرج منه فانه لا ينقض فعينه بها لذلك
وقيل قد تقدم في كلام المص ان ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا هو الصحيح وقال ههنا لان النجس عليها و
ذلك ناقض واجيب بان ما تقدم كان على قول ابي يوسف ويجوز ان يكون هذا على قول محمد او اطلق النجس بطريق
الفرض يعني لو كان ثمه نجس منها عليها وهذا ليس بصحيح لان تقدير الشرطية ان كان على هذا الوجه لكن ثمه
نجس فيكون ما عليها لم يستقر في الجرح لانه لا يكون حدثا لا يكون نجسا وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون
نجسا وان كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجس ما عليها فلا يكون نجسا لم يستقر في الدبر لانه نجس وحدث والاول
صواب ويجوز ان يقال اطلق النجس على ما يخرج من الجرح بطريق المشاكلة فانه لما كان بالنسبة الى الدبر نجسا
ذكر في الجرح بلفظ النجس وقوله بخلاف الريح الخارجة من قبل المراة متصل بالفساء يعني انه ناقض
بخلاف الريح الخارجة من قبل المراة وذكر الرجل لانه لا ينبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة وهي التي
صار سبيلها واحدا يستحب لها الوضوء لاحتمال ان يكون فساء واختلف في ان عين الريح نجس ام
لا تنجس قالوا على النجاسة حتى لو كانت مفضاة وهي التي صار سبيلها واحدا يستحب لها الوضوء وثمرته تظهر
فيما لو خرج منه الريح وعليه السراويل مبتلة فمن قال بنجاسة عينها قال تنجس السراويل ومن قال بطهارة
عينها لم يقل به كما لو مرت الريح بثوب مبتل فانه لا يتنجس بها قيل اذا كان الخروج من الدبر محتملا ينبغي ان
يكون الوضوء واجبا واجيب بان كونها متوضية ثابتة بيقين واليقين لا يزول بالشك كالشاك في الحدث
وقال ابو حفص الكبير يجب عليها الوضوء وهو رواية هشام عن محمد وقيل ان كانت منتنة يجب والا فلا
وقوله نقطة قشرت في نونها الحركات الثلث وهي بثر يخرج باليد لان ما من قولهم انقط فلان اي سلى
عضا فاذا قشرت فاما ان يسيل الماء عن راس الجرح اولا وسماه جرحا لانه بعد القشر جرح لها فان كان
الاول نقض وان كان الثاني لم ينقض وانما اعاد هذه المسئلة وان كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين

الخارج والمخرج او ليعلم ان حكم الماء حكم غيره لانّ الماء لم يذكر من قبل وربما كان يتوهم ان الماء ليس كغيره وهذه الجملة
قوله اذا اوصد بها او غيرها وقوله هذا اى الذى ذكر انه اذا سال نقض انما هو اذا لم يقيدها المخرج بنفسه اما اذا اعصرها
فخرج بعصره ولو لم يعصرها لم يخرج لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج وهذا مختار بعض المشايخ اختاره المص وقال بعضهم
ينقض قال بعض الشارحين وهذا هو المختار عندى لان الخروج لازم الاخراج ولا بد من وجود اللازم عند
وجود الملزوم وفيه نظر لان الاخراج ليس بمنصوص عليه وان كان يستلزمه فكان ثبوته غير قصدى ولا معتبر

فصل في الغسل

معنى الفصل لغة ظاهر وقد تقدم تعريفه بانه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت
احكامها بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فان وصل الى ما بعده نوّن والا فلا وانما ذكر فصل
الغسل بعد الوضوء لان الحاجة الى الوضوء اكثر ولان محل الوضوء جزء من البدن ومحل الغسل كله والجزء قبل
الكل واقتداء بكتاب الله فانه وقع على هذا الترتيب والفرض بمعنى المفروض والواو فى قوله وفرض الغسل اما
الاستيناف واما واو المحض للعطف على قوله فرض الوضوء والغسل اسم من الاغتسال وهو غسل تمام الجسد
قوله وغسل سائر البدن اى الباقى وقوله عليه السلام عشر من الفطرة اى السنة قيل خمس منها فى الراس وخمس
فى الجسد فالتى فى الراس الفرق والسواك والمضمضة والاستنشاق وقص الشارب والتى فى الجسد الختان
وحلق العانة ونتف الابط وتقليم الاظفار والاستنجاء بالماء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب
يستوى فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم جرى مجرى المصدر الذى هو الاجناب قوله فاطهروا
اى فطهروا ابدانكم على وجه المبالغة وهو تطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج
عن الارادة كداخل العينين لما فى غسلهما من الضرر والاذى ولهذا سقط غسلهما عن حقيقة النجاسة بان
تكحل عينيه بكحل نجس والمضمضة والاستنشاق لا تعذر فيهما ولهذا افترض غسلهما عن حقيقة النجاسة الحقيقية
فيفترض ايضا فى الجنابة قوله بخلاف الوضوء جواب عن قياس الشافعى الغسل بالوضوء لان الواجب فيه
غسل الوجه لا جميع البدن والمواجهة فيهما اى فى محل المضمضة والاستنشاق معدومة قوله والمراد بما
روى جواب عن حديث الشافعى بحمله على الوضوء بدليل ما روى ابن عباس وجابر رضى الله عنهما انهما فرضان فى
الجنابة سنتان فى الوضوء قال وسنته ان يبدأ المغتسل سنة الغسل ان يبدأ المغتسل فيغسل
يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه قال فى النهاية وهو منقول عن الامام حميد الدين الضرير وانه صح
وفى بعض النسخ النجاسة وليس بصحيح لان لام التعريف اما ان يكون للعهد او للجنس ولا وجه للاول لان كلمة
الشك تاباه فان العهد يقتضى التقدم اما ذكرا او علما ولا وجه للثانى لان كون النجاسات كلها فى بدنه محال
فاقلها وهو الجزء الذى لا يتجزى غير مراد ايضا لانه علل ذلك فى الكتاب بقوله كيلا يزداد باصابة الماء وهذا
القليل الذى ذكرنا لا يزداد عند اصابة الماء ثم قال الا ان الرواية بالالف واللام قد ثبت فى النسخ فوجهه
ان يحمل على تحسين النظم وقال بعض الشارحين انما يتعين التنكير اذا انحصر اللام فى التعريفين وليس كذلك
لجواز ان يكون اللام لتعريف الماهية وليس بجيد لان الماهية من حيث هى لا توجد فى الخارج فاما ان توجد
فى الاقل او غيره وذلك فاسد ظاهر قوله ثم يتوضأ وضوءه للصلاة الا رجليه احترازا عما روى الحسن
بن زياد عن ابى حنيفة ان الجنب يتوضأ ولا يمسح راسه لانه لا فائدة فيه لوجود اسالة الماء من بعد وذلك لعدم معنى
المسح بخلاف سائر الاعضاء لان التسييل هو الموجود فلم يكن التسييل من بعد معدما له وقيل انما قال ذلك

لما يتوهم ان المراد بالوضوء غسل اليدين الى الرسغين فانه قد يسمى وضوءا وقوله ويبدأ بازالة النجاسة تكرار
واعادة لبيان التعليل والظاهر انه اراد بها النجاسة المعهودة فى تلك الحال وهو المنى الرطب فان ميمونة رضى
قالت توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءه للصلاة غير رجليه وغسل فرجه وما اصابه من الاذى
قوله وليس على المرأة هنا امران نقض الضفائر وبلها اما نقضها فليس بواجب اذا بلغ الماء اصول الشعر
بالاتفاق لقوله عليه السلام لام سلمة حين قالت يا رسول الله انى امرأة اشد ضفر راسى افانقضها اذا اغتسلت
اما يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك لانه خبر واحد فلا يجوز به الزيادة على قوله تعالى فاطهروا ولان الشعر
ليس من كل وجه بدنها ولا امر بالتطهير له او لان مواضع الضرورة مستثناة كداخل العينين واما بلها
فكذلك فى الصحيح لما فيه من الحرج وقوله فى الصحيح احتراز عما روى الحسن عن ابى حنيفة انها تبل ذوائبها ثلاثا
مع كل بل عصره ليبلغ الماء شعب قرونها بخلاف اللحية فانه لا حرج فى ايصال الماء الى اثنائها وفى تخصيص المرأة
اشارة الى ان حكم الرجال بخلافها قال فى المبسوط الرجل اذا ضفر شعره كما يفعله العلويون والاتراك هل
يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر ظاهر الحديث يدل على انه لا يجب وذكر الصدر الشهيد انه يجب قال والمعانى
الموجبة للغسل اى العلل الموجبة واختار لفظ المعانى لما تقدم فى الوضوء قال فى النهاية هذه معان موجبة
للجنابة لا للغسل فانها تنقضه فكيف توجبه وذكر فى مبسوط شيخ الاسلام سبب وجوب الاغتسال ارادة ما لا
يحل فعله بسبب الجنابة عند عامة المشايخ وقد ياتى الغسل يجب اذا وجد احد المعانى المذكورة سواء وجدت
الارادة او لم توجد وفيه نظر وعند بعضهم الجنابة واورد عليه الحيض والنفاس ولو زيد او ما فى معناها
لا تنجح وعلى هذا يكون المعانى الموجبة علة العلة قوله انزال المنى على وجه الدفق والشهوة قيل هذا
اللفظ باطلاقه يستقيم على قول ابى يوسف لاشتراط الدفق والشهوة حال الخروج ولا يستقيم على قولهما لانهما
اشترطا الدفق عند الخروج حتى اوجبا الغسل اذا انزل المنى عن شهوة وان خرج عن غير دفق ورد بانه مستقيم على
قولهم فان خروج المنى على هذا الوجه يوجب الغسل بالاتفاق واما انه يوجب الغسل اذا زال المنى عن مكانه عن شهوة
وان خرج عن غير دفق فليس فى كلام المص ما ينافيه ولا يحصر على الاول وهذا جيد لكن كلام المص يوهم ترك
بعض موجبات عندهما فى موضع بيانها وتبيانه قوله ثم المعتبر عند ابى حنيفة ومحمد الى آخره بعض بيان ذلك
وقال ان المنى خروج المنى كيفما كان يعنى سواء كان بشهوة او بحمل ثقيل او سقط من مكان مرتفع او غير ذلك
موجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء اى الغسل من المنى ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب لقوله تعالى
وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب فى اللغة من خرج منه المنى على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته
من المرأة فالامر بالتطهير يتناول من خرج منه المنى على وجه الشهوة وغيره ليس فى معناه فلا يقاس عليه ولا
يلحق به وقوله من المرأة قيل انما ذكره ليخرج شهوة البطن فان قاضيها لا يسمى جنبا وقيل ذكره
اتفاقا كما يدل على الحلم وقيل الجنابة فى اللغة موضوعة لذلك والحلم وجب عليه الغسل بحديث ام سليم فى
بعض الفاظها انها سألت النبى عليه السلام عن المرأة ترى فى منامها مثل ما يرى الرجل فقال عليه السلام ان وجدت
الماء لذة قالت نعم قال عليه السلام فلتغتسل والحديث يعنى قوله الماء من الماء محمول على خروج المنى عن شهوة
توفيقا بين الادلة ولان قوله الماء من الماء وال الملتقى والوذى وليس ثم غسل بالاجماع فيراد به المخصوص ويحمل على
حالة الشهوة لحديث ام سليم قوله ثم المعتبر ظاهر وثمرته تظهر فيمن مسك ذكره بعد الانفصال عن شهوة عن مكانه حتى

سكن الشهوة ثم تركت حتى خرج المني من احليله بلا شهوة لا يجب الغسل عنده خلافا لهما هو قاس الخروج بالمزايلة
بجامع تعلق الغسل بهما وهما انه مني وجب غسله وجه معناه انا ذكرنا ان للشهوة مدخلا في وجوب الغسل وقد وجد
في حالة وهو الانفصال دون الاخرى وهو الخروج فبالنظر الى الاولى يجب وبالنظر الى الثانية لا يجب والباب
باب العبادة فيوجبه احتياطا وقد ذكر في النهاية في بيان ذلك ان الخروج على وجه الشهوة قد وجد ظاهرا
انه سهو لانه لو كان كذلك لارتفع النزاع فان قيل دار الغسل بين الوجوب وعدمه فلا يجب كما اذا خرج
الريح من المفضاة اجيب بان جهة الوجوب هاهنا راجحة لان الموجب اصل اذ الخروج بناء على المزايلة بالشهوة
وعدم الخروج بالشهوة بعد المزايلة من العوارض النادرة فلا يعتبر وقيل قوله قياس وقولهما استحسان
والخائف من الريبة يأخذ بقول ابي يوسف **قوله** والتقاء الختانين الختان موضع القطع من الذكر
والانثى ومن عادتهم اختتان الانثى **وقوله** من غير انزال ليس بشرط لوجوب الغسل فانه لو انزل لوجب الا انه
وانما ذكره نفيا لقول الانصار رضي الله عنهم فانهم قالوا لا يجب الاغتسال بالاكسال واستدلوا بظاهر قوله عليه السلام
الماء من الماء ولنا قوله عليه السلام اذا التقى الختانان وتوارت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل
وهذا مفسر في هذا المعنى لا يقبل التاويل ولا منافاة بين الحديثين فنعمل بكل واحد منهما ونقول الجنابة
تثبت بانفصال المني عن شهوة بقوله الماء من الماء لما ذكرنا من تاويله وبالايلاج في الآدمي بقوله اذا التقى
الختانان الحديث وقد قررنا هذا الحديث في التقرير بتاييد الله وفي قوله وتوارت الحشفة اشارة الى ان
مجرد التلاقي لا يوجبه ولكن يوجب الوضوء عندهما خلافا لمحمد والحشفة ما فوق الختان من راس الذكر
قوله ولانه سبب الانزال بيانه ان الشيء الذي يترتب عليه حكم اذا كان خفيا ولسببه ظاهر يقام السبب
الظاهر مقام ذلك الامر الخفي ويترتب عليه الحكم وههنا التقاء الختانين سبب الانزال ونفس الانزال الذي
رتب عليه الغسل يتغيب عن بصر المنزل وقد يخفى الانزال لقلة المني فيقام الالتقاء مقام الانزال كما في السفر
مع المشقة التي يترتب عليها القصر في السفر والالتقاء مجاز عن الايلاج لانه سببه وكذا الايلاج في الدبر كامل
السببية حتى ان الفسقة يرجحون قضاء الشهوة من الدبر على قضاء الشهوة من القبل لما يدعون فيه من اللين
والحرارة والضيق وعن هذا ذهب بعضهم الى ان محاذاة الامرد في الصلوة تفسد صلوة غيره كالمرأة
ويجب على المفعول به احتياطا اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فلانهما يوجبان الحد الذي الاحتياط في
تركه فلان يوجبا الغسل الذي الاحتياط في وجوبه اولى واما عند ابي حنيفة رح فلانه يحتاط في الحد في تركه
ويحتاط في الغسل في ايجابه والاحتياط في كل باب بما يناسبه **قوله** بخلاف البهيمة وما دون الفرج متصل
بقوله فيقام مقامه اي يقام سبب الانزال مقامه في السبيلين في الآدمي بخلاف البهيمة فانه لا يجب فيها الغسل
بمجرد الايلاج من غير انزال وبخلاف ما دون الفرج وهو التفخيذ والتبطين فانه لا يجب فيه الغسل ايضا
لنقصان السببية اذا لم ينزل **قال** والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن اختلف الشارحون في تفسير كلامه
فمنهم من حمله على ظاهره وقال نفس الحيض يوجب الغسل لانه بمعنى الجنابة من حيث المنع عن الصلوة والقراءة ودخول
المسجد ومنهم من حمل على ان معناه انقطاع الحيض يوجب الغسل لان الحيض ما دام باقيا لا يجب الغسل والخروج
عن الحيض مستلزم لوجود الاتصاف بصفة الاستعانة وعزي هذا الى الامام حميد الدين وفي الكل نظر
اما في الاول فلان الحيض اسم لدم مخصوص وقد تقدم ان الجوهر لا يصح ان يكون سببا للمعنى واما في الثاني

فلان

فلان الانقطاع طهر والطهر لا يوجب الاطهار ولا ملازمة بينهما لوجود الحيض قبل الانقطاع ووجود
الانقطاع بعده فكان احدهما منفكا عن الآخر فلا ملازمة بينهما على ان قوله لا يجب الا عند انقطاعه يفيد
الشرطية لا العلية وكذا الخروج عن الحيض عبارة عن انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد على ذلك ويجوز ان
يقال معناه خروج الحيض وهو الدم المخصوص يوجب الغسل لما تقدم ان خروج النجس من بدن الانسان
يوجب تطهير جميع البدن واكتفي بالاعضاء الاربعة فيما كثر وقوعه دفعا للحرج ووقوع الحيض ليس بكثير
فبقي على الاصل كخروج المني فكان مجازا بالحذف من باب واسئل القرية اذ لا يلتبس ان نفس الدم لا يوجب
شيئا ووجه التمسك بقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد يدل على وجوب الاغتسال اما بالنسبة الى القربان فلان
تعالى غيا حرمة القربان الذي كان حلالا الى الاغتسال فينبغي ان ينتهي الحرمة به ويكون ما دونه لو لا كان
حرمة مؤبدة وفي ذلك نقض لما شرعه بقوله فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله وبقوله فاتوا حرثكم
انى شئتم واما بالنسبة الى الصلوة فلان الاغتسال لما صار شرطا لحل القربان بهذه الآية مع ان الطهارة
ليست بشرط لحل القربان عما سوى الحيض والنفاس في صورة من الصور فلان يشترط الاغتسال لحل الصلوة
والحال انها شرط لها عن جميع النجاسات الحقيقية والحكمية دائما اولى واما النفاس فانا وجبنا الاغتسال
فيه بالاجماع **قوله** وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان للغسل المسنون نص بعني الغد وبنى على السنة
يعني في هذه الاربعة وقد قيل هذه الاربعة مستحبة يدل على ذلك تسمية محمد الغسل يوم الجمعة في الاصل حسنا
وهو الامام حيث ذهب الى وجوبه مالك لقوله عليه السلام من اتى منكم الجمعة فليغتسل رواه ابن عمر رضي الله عنه
ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل رواه سمرة بن جندب رح **قوله**
فبها ونعمت اي بالسنة اخذ ونعمت الخصلة هذه اي الاخذ بالسنة وبهذا اي بهذا الحديث يحمل ما رواه مالك على
الاستحباب توفيقا بينهما او على النسخ بدليل ما روي عن عائشة وابن عباس رض انهما قالا كان الناس عمال
انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السمك فكان يتاذى بعضهم برائحة بعض فامروا
بالاغتسال ثم انتسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بايديهم **قال** هو الصحيح احترازا عن قول الحسن
فانه يقول غسل يوم الجمعة لليوم اظهارا لفضيلته قال عليه السلام سيد الايام يوم الجمعة ومعنى قوله لزيادة
فضيلتها انها تؤدي بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وزيادة اليوم باعتبار وقوع الصلوة فيه
وفائدة الاختلاف تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة ثم احدث فتوضأ وصلى الجمعة فانه ليس مقيم للسنة عند ابي
يوسف خلافا للحسن وقد وقع في بعض الروايات ذكر محمد في موضع الحسن بن زياد والعيدان بمنزلة الجمعة لان
فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء
الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء رواه
ابو داود باسناد صحيح فان قيل اذا كان الواجب الوضوء كان الواجب ان يذكرهما في فصل الوضوء واجيب
بانهما يشابهان المني فذكرهما ههنا نفيا لما يتوهم فان قيل لما كان حكم الوضوء كان ذكره مستغنى عنه بالكلية
لانه علم من قوله كل ما خرج من السبيلين اجيب بانه ذكره للتاكيد وقيل ذكره تصريحا بالنفي لقول مالك
فانه لا يقول بوجوب الوضوء بهما فان قيل نقض الوضوء بالودي غير متصور على التفسير المذكور في الكتاب لانه
انما يخرج على اثر البول فلا يجب بالودي بعده اجيب بان جوابه انه اذا بال فتوضأ ثم اودى فانه يجب عليه الوضوء

وقد وجب الوضوء بالبول

وبينهما ان به سلس البول اذا توضأ للبول ثم اودى حال بقاء الوقت ينتقض طهارته ومنها ان الوضوء يجب بالودي

او تصور الانتقاض به وفيه ضعف والتفسير ما روي عن عائشة رضي الله عنها وانما مرادها مني الرجل خاصة لان

مني المرأة ليس خاثرا ولا ابيض وانما هو رقيق اصفر كما جاء في الحديث وليس بعكس منه الذكر والتعريف الجامع

لمني الرجل والمرأة ان يقال ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترائب المرأة

باب الماء الذي يجوز به الوضوء ومعنى الباب في اللغة النوع وقد يعرف بانه طائفة من المسائل الفقهية اشتمل عليها

كتاب ولقبت بباب كذا ولما فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما يحصل به الطهارة وهو الماء المطلق الطهارة

من الاحداث غليظا كان الحدث او خفيفا جائزة بماء السماء والاودية والعيون والابار وماء البحار لقوله تعالى

وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث ووجه التمسك ان الله تعالى

ذكر الماء في الاية مطلقا والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه لا يقال

الاية تدل على ان الماء المنزل من السماء طهور وليس غير المطر منزلا من السماء لان الله تعالى قال الم تر ان

الله انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض وقال انزل من السماء ماء فسالت اودية بقدرها ويأتي

وسيأتي الكلام على الحديث وذكر الاحداث ليس للتخصيص لان الطهارة من الخبث ايضا يحصل بهذه المياه

لكن لما كان التبويب لما يحصل به الوضوء ذكر ذلك ولا يجوز بما اعتصر من الشجر على انها موصولة بكذا الثمر

وقوله لانه ليس بماء مطلق لانه عند اطلاق الماء لا ينطلق عليه وتحقيق ذلك انا لو فرضنا في بيت انسانا

ماء بئر او بحر او عين وماء اعتصر من شجر او ثمر فقال هات ماء لا يسبق الى ذهن المخاطب الا الاول ولا نفي

بالمطلق والمقيد الا هذا والحكم وهو الطهارة عند فقد الماء المطلق منقول الى التيمم قال

الله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا **قوله** والوظيفة الى اخره جواب عما يقال الماء المعتصر من الشجر او الثمر

وان لم يكن ماء مطلقا لكنه في معناه في الازالة فيلحق بالمطلق ووجهه ان الوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية

فلا يتعدى الى غير المنصوص عليه ومعناه ان شرط القياس ان يكون حكم الاصل معقولا ليتعدى بطريق القياس وليس

فيما نحن فيه كذلك فلا يصح القياس بخلاف ازالة النجاسة الحقيقية فانها معقول المعنى لوجودها حسا فجاز فيها

الالحاق على قول ابي حنيفة وابي يوسف ولقائل ان يقول يجب ان لا يمكن التعدية بطريق القياس فيلحق بالدلالة فان

كونه معقولا ليس شرطا فيها والجواب ان سائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه لان الماء مبذول لا يبالي

لا يبالي بخبثه وسائر المائعات ليس كذلك فان قلت فكيف الحقته في النجاسة الحقيقية قلت قياسا لا دلالة

لانه معقول المعنى فان قلت من شرط الدلالة ان يكون الملحق في معنى الاصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من

كل وجه لا غيره والوصف فيما نحن فيه هو ازالة النجاسة والماء والمائع في ذلك سيان وكون الماء مبذولا لا يدخل

له في ذلك قلت انهما سيان في ازالة النجاسة الحقيقية او مطلقا والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني

ممنوع **وقوله** وفي الكتاب يعني مختصر القدوري **قوله** فاخرجه عن طبع الماء كالتغيير لقوله غلب عليه غيره

قوله كالاشربة الى اخره ان اراد بها الاشربة المتخذة من الشجر كشراب الريباس والرمان وبالخل الخل الخالص كانا

من نظير المعتصر من الشجر والثمر وكان ماء الباقلاء والمرق نظير الماء الذي غلب عليه غيره فكان فيه صنعة

اللف والنشر وان اراد بالاشربة الحلو المخلوط بالماء كالدبس والشهد المخلوط به ومن الخل الخل المخلوط

بالماء كانت الاربعة كلها نظير الماء الذي غلب عليه غيره والباقلاء اذا اشتد القلام فهو مقصود ادا خففت

نهد وهو ماء الزردج ما يخرج من العصفر المنقوع **وقوله** ما تغير بالطبخ قيل المراد بالتغير التغير بزوال ...

قوله احد اوصافه التي هي اللون والطعم والريح اشار الى انه اذا تغير الوصفان لا يجوز التوضي به قال في النهاية لكن

المنقول عن الاساتذة انه يجوز حتى ان اوراق الاشجار وقت الخريف تقع في الحياض فيتغير ماؤها من حيث اللون والطعم

والرائحة ثم انهم يتوضؤون منها من غير نكير وكذا اشار في شرح الطحاوي اليه ولكن شرطه ان يكون باقيا على رقته

اما اذا غلب عليه غيره وصار به ثخينا فلا يجوز فان قيل قد تقدم من قول النبي عليه السلام الا ما غير لونه او طعمه

او ريحه وذلك يقتضي عدم جواز التوضي عند تغير احد الاوصاف اجيب بان معنى قوله عليه السلام لا ينجسه

اي لا ينجسه شيء نجس وكلامنا في المخلط الطاهر **قوله** اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق اي في عدم

جواز التوضي بها والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وسيذكر حكمه **قوله** هو الصحيح لانه خالطه

طاهر فغير احد اوصافه كماء الزعفران واعلم ان ما ذكره في المختصر ان كان على اطلاقه كما يفهم من ظاهر لفظه كان

بين رواية المختصر والمروي عن ابي يوسف خلاف وان كان المراد به ما اذا كان الماء مغلوبا باجزاء الزردج

فلا خلاف بينهما **قوله** وقال الشافعي الخ الامام الناطفي والامام السرخسي اختار المروي عن ابي يوسف

ظاهر **قوله** واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر يعني انها للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما ان

المضاف اذا لم يكن خارجا من المضاف اليه بالعلاج فالاضافة للتعريف وماء الزعفران وماء البئر والعين من

هذا القبيل وان كان خارجا منه فهي للتقييد كماء الورد وغيره مما تقدم فبقي الاعتبار للخلط ويعتبر

فيه الغلبة بالاجزاء فان كانت اجزاء الماء غالبة ويعلم ذلك ببقائه على رقته جاز الوضوء به وان كان

اجزاء المخلوط غالبة بان صار ثخينا زال عنه رقته الاصلية لم يجز **وقوله** هو الصحيح نفي لقول محمد فانه

يعتبر الغلبة بتغير اللون والطعم وبيان ذلك ما قيل الطاهر المخلط بالماء اما ان يكون لونه كلون الماء

او لا فان كان الثاني كاللبن والزعفران والعصفر فالعبرة للون فان غلب لون الماء جاز الوضوء به

وان غلبه لم يجز وان كان الاول كماء البطيخ والاشجار فالعبرة للطعم على ما ذكرنا وان لم يكن له طعم فالعبرة

لكثرة الاجزاء وانما كان الاول صحيحا لان الغلبة بالاجزاء غلبة حقيقية اذ وجود الشيء المركب باجزائه

فكان اعتبارها اولى **قوله** بعدما خلط به غيره انما قيد به لان الماء اذا طبخ وحده وتغير به جاز

الوضوء به **وقوله** الا اذا طبخ فيه ما يقصد به استثناء من قوله لا يجوز التوضي به وانما جاز بذلك لان السنة وردت

في غسل الموتى بالماء الذي اغلي بالسدر الا اذا صار غليظا لا يمكن تسييله على العضو لزوال اسم الماء عنه

قال وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به اراد بالماء ما لا يكون جاريا ولا في حكمه وهو الغدير

العظيم لذكره ذلك بعد هذا وقد وقع في بعض نسخ الهداية قليلا كانت النجاسة او كثيرا وفي بعضها قليلا

كان او كثيرا وهو لفظ المختصر وتوجيه الاولى ان يقال شبه فعيلا بمعنى فاعل بفعيل بمعنى مفعول في حذف

علامة التانيث كما في قوله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين وفي قوله قليلا احتراز عن قول مالك

فانه لا يتنجس الماء عنده اذا لم يظهر اثر **وقوله** كثيرا مستدرك لان قليل النجاسة اذا كان مانعا

فالكثير اولى وتوجيه الثانية المقام الراكد قليلا كان او كثيرا اذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضوء به وفي القليل

هو ما يكفي للوضوء والغسل كذا قيل **قوله** قليلا احتراز عن قول مالك **وقوله** كثيرا احتراز عن قول الشافعي

فان ما لك لا يجوز الوضوء بالقليل وان وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير احد اوصافه ويستدل بما روينا من قوله

عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث والشافعي يجوزه اذا كان الماء قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ
الماء قلتين لم يحمل خبثا واضطربت اقوالهم في مقدار القلة فقيل القلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا
وقيل ثمانية من تقريبا لا تحديدا وقيل القلة جرة تحمل من اليمن تسع فيها قربتان وشيء ولنا حديث المستيقظ من منامه
وهو قوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا ووجه التمسك به انه
لما ورد النهي عن الغمس لاجل احتمال النجاسة فحقيقة النجاسة اولى ان يكون نجسا وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم
في الماء الراكد ولا يغتسلن فيه من الجنابة رواه ابو هريرة وهو حجة على الفريقين اما على مالك فلانه نهى عن الاغتسال
وانه لا يغير احد اوصاف الماء بيقين واما على الشافعي فلانه نهى عن البول في الماء الدايم ومطلق النهي يقتضي التحريم
سيما على مذهبه ولو لم يكن منجسا كان تكسب الماء فيه وهو ليس بحرام ولم يفصل بين دايم ودايم فكان القلتان
وغيرهما سواء لا يقال يجوز ان يكون النهي للتنزيه لان تاكيده وتقييده بالدايم ينافيه فان الماء الجاري يشاركه
في ذلك المعنى فان البول كما انه ليس بادب في الماء الدايم فكذلك في الجاري فلا يكون للتقييد فايدة وكلام الشارع
مصون عن ذلك فان قيل الاستدلال باطلاق الحديث حجة عليكم لان الغدير العظيم ماء دايم فيدخل تحت
الاطلاق اجيب بانه في حكم الجاري في عدم اختلاط بعضه ببعض فخص والذي رواه ما للتحاب عن حديث
مالك فانه ورد في بئر بضاعة وهي بكسر الباء وضمها بئر قديمة بالمدينة تلقى فيها الجيف ومحايض النساء فذكر ذلك
لرسول الله حين توضأ منها فقال الماء طهور الحديث وقد كان ماؤها جاريا في البساتين يسقى منه خمس بساتين
والماء الجاري لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه عندنا فان قيل العبرة لعموم اللفظ دون خصوص السبب فكيف اختص
ببئر بضاعة مع وجود دليل العموم فيه وهو الالف واللام اجيب بانه ليس من باب الخصوص في شيء وانما هو من
باب الحمل للتوفيق فان الحديثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما جعل كانهما وردا معا ثم بعد ذلك ان امكن العمل بهما
يحمل كل منهما على محمل وان لم يمكن يطلب الترجيح وان لم يمكن يتهاتران وههنا امكن العمل بان يحمل هذا الحديث
على بئر بضاعة وحديث المستيقظ وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم الحديث على غيرها فعلنا كذلك دفعا للتناقض
فان قيل استدل المصنف اول الباب بهذا الحديث على طهورية المياه المذكورة هناك وحمله ههنا على بئر بضاعة فان
كان اللام في قوله الماء للجنس صح الاستدلال وبطل الحمل وان كان للعهد صح الحمل وبطل الاستدلال اجاب
العلامة علاء الدين عبد العزيز بما معناه انه للجنس والاستدلال صحيح والحمل ليس بباطل لان الحديث مشتمل على
قضيتين احديهما الماء طهور والثانية لا ينجسه شيء والاستدلال بالاولى لانها تفيد المقصود من غير افتقار الى
الثانية والحمل للثانية ورد بان الضمير في لا ينجسه راجع الى ما دخل عليه اللام فكان المراد به الجنس فكيف يصح
حمله على معنيين واجاب بان اللفظ اذا احتمل معنيين واريد به احدهما ثم اريد بضميره الآخر جاز ويسمى ذلك
استخداما كما في قول الشاعر اذا نزل السماء بارض قوم رعيناه وان كانوا غضابا وهو كلام حسن لكن يجب
قوله عليه السلام هو الطهور ماؤه والحل ميتته في كونه جوابا زايدا على مقدار الحاجة فان الحاجة كانت في رفع النجاسة
عن بئر بضاعة وكان ذلك يحصل بقوله لا ينجسه شيء الا انه زاد على قوله الماء طهور ويكون تقدير الكلام هذه الحقيقة
من شانها التطهير وماء بئر بضاعة لا ينجسه شيء الا ما غير لونه الى آخره لكونه جاريا ولا يلزم ان يكون الماء البالغ
قلتين طاهرا اذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل على نجاسته وهو حديث المستيقظ وقوله لا يبولن احدكم الحديث
قوله وما رواه الشافعي يريد به حديث القلتين ضعفه ابو داود ومعناه لا يصح التعلق بهذا الحديث لان في اسناده

ضعفا

ضعفا ضعفه ابو داود وسليمان بن الاشعث السجستاني قال حديث القلتين مما لا يثبت وهكذا قال ابن المديني
استاد محمد بن اسمعيل البخاري رحمهما الله وقال الشافعي في كتابه بلغني باسناد لا يحضرني من ذكره ومثل هذا نوع
المرسل وفي متنه اضطراب فانه قال في بعض الروايات اذا بلغ الماء قلتين او ثلثا وفي بعضها اربعين قلة وهكذا رواه
جابر واخذ به ابراهيم النخعي والقلة في نفسها مجهولة لانها تذكر ويراد بها قامة الرجل وتذكر ويراد بها رأس الجبل
وتذكر ويراد بها الجرة والتعيين بقلال هجر لا يثبت بقول جريج لان جريجا ممن لا يقلد فبقي محتملا وكذلك قوله لا
يحمل خبثا محتمل يحتمل ما قال الشافعي اي لا يقبل النجاسة ويدفعها ويحتمل اذا قل الماء حتى انتهى الى القلتين فانه
يضعف عن احتمال الخبث فيتنجس واذا كان كذلك لم يكن التمسك صحيحا قال والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة
اختلف الناس في تعريف الماء الجاري فمنهم من قال هو ما لا يتكرر استعماله وذلك بانه اذا غسل يده وسال الماء منها
الى النهر فاذا اخذ ثانيا لا يكون فيه شيء من الماء الاول وقيل ما يذهب بتبنة وقيل هو ما اذا كان بحيث لو وضع رجل
يده في الماء عرضا لم ينقطع جريانه قيل والاصح ما يعده الناس جاريا وحكمه ما ذكر في الكتاب وهو ظاهر قوله اذا
لم ير لها اثر اي لم يبصر لها اثر النجاسة لو كانت مرئية لا يتوضأ من جانب الوقوع قال في المحيط اذا وقعت النجاسة
في الماء الجاري فان كانت غير مرئية كالبول لا ينجس ما لم يتغير طعمه او لونه او ريحه وان كانت مرئية كالجيفة والعذرة
فان كان النهر كبيرا لا يتوضأ من اسفل الجانب الذي فيه الجيفة ويتوضأ من جانب آخر وان كان صغيرا فان لاقاها الاكثر
الماء فهو نجس وان كان اقل فهو طاهر وان كان النصف جاز الوضوء في الحكم والاحوط ان لا يتوضأ قوله والغدير
العظيم الغدير فعيل بمعنى مفعول من غدره اي تركه وهو الذي تركه السيل وقيل بمعنى فاعل اي مغادر وقيل بمعنى
فاعل لانه يغدر باهله لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه واعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان الماء اذا خلص بعضه
الى بعض كان قليلا واذا لم يخلص كان كثيرا لا ينجس بوقوع النجاسة فيه الا ان يتغير لونه او طعمه او ريحه كالماء
الجاري ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب المتقدمون الى انه يعرف بالتحريك فانه اذا حرك طرف منه ولم يتحرك
الجانب الآخر فهو مما لا يخلص بعضه الى بعض والمراد بالتحريك هو التحرك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه لا بعد
المكث ولا معتبر بالحباب فان الماء وان كثر يعلو ويتحرك ثم اختلف هؤلاء في سبب التحريك فروى ابو يوسف عن
ابي حنيفة رحمهما الله انه يعتبر التحريك وهو ان يغتسل انسان في جانب منه اغتسالا وسطا لم يتحرك الجانب الآخر
وبه اخذ ابو يوسف وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك باليد لا غير وروي عن محمد انه يعتبر التحريك
بالتوضي ووجه القول الاول ما ذكر في الكتاب ان الحاجة الى الاغتسال في الحياض اشد من الحاجة الى التوضي لان
الوضوء يكون في البيوت عادة ووجه الثاني ان التحريك يكون بالاغتسال وبالتوضي وبغسل اليد الا ان التحريك
بغسل اليد اخف وكان الاعتبار به اولى توسعة على الناس ووجه الثالث ان مبنى الماء في حكم النجاسة على الخفة
فان القياس ان ينجس وان كثر الماء الا انه اسقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر التحريك الوسط وهو
التحريك بالوضوء وذهب المتأخرون الى انه يعرف بشيء آخر غير التحريك فمنهم من اعتبر بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه
وتكدر الماء فان وصلت الكدرة الى الجانب الآخر فهو مما يخلص والا فلا وروي عن ابي حفص الكبير انه اعتبر بالصبغ
فقال يلقى زعفران في جانب منه فان اثر الزعفران في الجانب الآخر كان مما يخلص والا فلا وروي عن ابي سليمان الجوزجاني
انه اعتبر بالمساحة ان كان عشرا في عشر فهو مما لا يخلص وعن محمد في النوادر انه سئل عن هذه المسئلة فقال
ان كان مثل مسجدي هذا فهو مما يخلص بعضه الى بعض فلما قام مسح مسجده فكان ثمانيا في ثمان في رواية وعشرا في عشر

فهو مما لا يخلص وعن محمد في النوادر انه سئل عن هذه المسئلة فقال ان كان مثل مسجدي هذا فهو مما يخلص بعضه الى بعض
فلما قام مسح مسجده فكان ثمانيا في ثمان في رواية وعشرا في عشر في رواية وبقول ابي سليمان الجوزجاني اخذ عامة
المشايخ ثم الفاظ الكتب قد اختلفت في تعيين الذراع فجعل الصحيح في فتاوى قاضي خان ذراع المساحة وهي
سبع مشتات فوق كل مشت اصبع قائمة والمصنف اختار للفتوى ذراع الكرباس وهي سبع مشتات ليس فوق
كل مشت اصبع قائمة توسعة للامر على الناس والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف وقوله وهو الصحيح
احتراز عن قول بعضهم ان المعتبر فيه ان يكون قدر ذراع وقول آخرين ان يكون قدر شبر قوله في الكتاب يعني مختصر القدوري
وقوله في الكتاب اشارة الى انه تنجس موضع الوقوع لم يفرق بين كونها مرئية وغير مرئية وهو المحكي عن مشايخ
العراق ومشايخ بخارا وبلخ فرقوا بينهما فقالوا في غير المرئية يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية وعن
ابي يوسف انه لا ينجس الماء الا اذا ظهر اثرها فيه اي في موضع الوقوع كالماء الجاري وعلى هذا اذا غسل وجهه في حوض كبير فسقط
غسالة وجهه في الماء فرفع الماء من موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين وجوزه مشايخ بخارا وبلخ توسعة
على الناس لعموم البلوى به قال وموت ما ليس له نفس سائلة اذا مات ما ليس له نفس سائل كالبق والذباب والزنابير
والعقرب ونحوها في الماء لم ينجسه وانما جمع الزنابير دون غيرها لانها انواع شتى وقال الشافعي رحمه الله ينجسه لانه
حرام بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والتحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة قوله لا بطريق الكرامة احتراز عن الآدمي
فان قيل دود الخل وسوس الثمار اذا ماتت فيها ميتة ولا ينجس الخل والثمار اجاب بقوله لان فيه ضرورة ولنا ما رواه
ابو بكر الرازي باسناده الى سعيد بن المسيب عن سلمان رضي الله عنه انه عليه السلام قال فيه اي في مثل هذه الحادثة فانه
سئل عليه السلام عن اناء فيه طعام او شراب يموت فيه ما ليس له دم سائل فقال هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس
هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم في هذه الاشياء اذ الفرض
كذلك فلا ينجس ههنا فان قيل لا نسلم ان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح فان ذبيحة المجوسي ليس فيها دم مسفوح
وهي نجسة وذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم بعارض بان اكلت ورق العناب حلال مع ان الدم لم يسل فالجواب
ان القياس في ذبيحة المجوسي الطهارة كذبيحة المسلم الا ان صاحب الشرع اخرجه عن اهلية الذبح بقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم فجعل الشرع ذبحه كلا ذبح وكما جعل ذلك كذلك جعل
ذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم كذبيحته اذا سال اقامة لاهلية الذابح واستعمال آلة الذبح مقام الاسالة
لاتيانه بما هو المامور به الداخل تحت قدرته ولا معتبر بالعوارض لانها لا تدخل تحت القواعد الاصلية وانما
قيد بقوله عند الموت لانه اذا كان حيا لا ينجس ولهذا قلنا المصلي اذا استصحب فارة وعصفورة حية لم تفسد صلاته
ولو كانت نجسة لفسدت ولو ماتت حتف انفها ما استصحبها فسدت وهذا لان الدم الذي في الحي في معدنه وبالموت
ينصب عن مجاريه فيتنجس اللحم بتشربه اياه ولهذا لو قطعت العروق بعد ما لم يسل منه الدم وتحله والحرمة ليست من
ضرورتها النجاسة جواب عن استدلال الشافعي رحمه الله فان الطين حرام لا لكرامته وليس بنجس قال وموت
ما يعيش في الماء فيه لا يفسده ما يعيش في الماء يعني ما يكون مولده ومثواه فيه اذا مات في الماء لا يفسده كالسمك
والضفدع والسرطان قيل انما قال في المسئلة الاولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده لان الموت في الحكم الاولى
في غير معدنه فيتوهم التنجيس فناسب نفيه وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجسه بواسطة الضرورة ولكن احتمل تغير
صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده وقال الشافعي رحمه الله يفسده الا السمك لما مر يعني من قوله لان التحريم لا بطريق الكرامة

آية النجاسة قيل في هذا التعليل اشكال وهو ان الضفدع والسرطان يجوز اكلهما عند الشافعي على ما روي عنه
في كتاب الذبائح على ما سياتي والجواب ان المذكور في كتاب الذبائح عن الشافعي انه اطلق ذلك كله فيجوز ان تكون
هذه رواية اخرى عنه فيكون الالزام عليها ولنا انه مات في معدنه وهو طاهر وكل ما مات في معدنه كان نجسا في
معدنه وكل ما كان نجسا في معدنه لا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما اي تغير صفرتها دما حتى لو صلى
وفي كمه تلك البيضة يجوز الصلاة معها لان النجاسة في معدنها بخلاف ما اذا صلى وفي كمه قارورة وفيها دم
لا يجوز صلوته لان النجاسة ليست في معدنها قيل هذا التعليل يقتضي ان لا يعطى للوحوش والطيور حكم النجاسة اذا ماتت
في البر لانه معدنها والذي يظهر من كلامهم انهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا فانهم يمثلون بالدم في العروق والمخ
في البيضة واشباههما وليس البر كذلك وقوله ولانه لا دم فيها اي في هذه الحيوانات اذ الدموي لا يسكن الماء والدم
هو المنجس كما تقدم واذا ماتت في غير الماء كالخل والعصير والحليب ونحوها قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن
وهو قول نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وهو رواية عن ابي يوسف وقيل لا يفسده وهو قول محمد بن مقاتل وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة وهشام عن محمد لعدم الدم وهو الاصح لاطراده وقيل في كل واحد من التعليلين نظر اما في الاول فلانه
التعليل بالعدم على وجود الشيء لا يجدي واما في الثاني فلان انتفاء العلة لا يستلزم انتفاء المعلول لجواز ان يثبت بعلة
اخرى والجواب عن الاول انه ليس تعليل بل هو بيان انتفاء المانع فانا قد ذكرنا ان النجاسة لا يعطى لها حكم النجاسة
في معدنها فكان المعدن مانعا عن ترتب الحكم عليها وعن الثاني ان العلة الشخصية يستلزم انتفاؤها انتفاء
المعلول لجواز ان يثبت بعلة اخرى والجواب عن الاول انه ليس تعليل بل هو بيان انتفاء المانع فانا قد ذكرنا ان النجاسة
لا يعطى لها حكم النجاسة في معدنها فكان المعدن مانعا عن ترتب الحكم عليها وعن الثاني ان العلة الشخصية يستلزم انتفاؤها
انتفاء الحكم وههنا كذلك لان كونه دما مسفوحا هو المنجس لا غيره والضفدع البري والبحري فيه سواء وانما
يعرف البحري من البري بان البحري ما يكون بين اصابعه سترة وقيل البري مفسد لوجود العلة وهو الدم وباعتبار
المانع وهو المعدن وقوله وما يعيش في الماء بيان ان المراد بما يعيش في الماء ما كان توالده ومثواه فيه
كما ذكرنا في اول البحث وما في المعاش دون ما في المولد كالبط والاوز ونحوهما مفسد وقوله والماء
المستعمل لا يجوز استعماله قدم الكلام في حكم الماء المستعمل لانه هو المقصود وقيد بقوله في طهارة الاحداث
اشارة الى انه يجوز استعماله في طهارة الانجاس فيما روى محمد عن ابي حنيفة رحمهم الله وهو الموافق للمذهب
فان ازالة النجاسة العينية بسائر المائعات يجوز عنده قوله خلافا لمالك والشافعي رحمهم الله لان للشافعي في الماء
المستعمل ثلثة اقوال اظهرها كقول محمد وفي قول طاهر وطهور كقول مالك وفي آخر ان كان المستعمل محدثا فهو طاهر
غير طهور وان كان متوضئا فهو طاهر وطهور وهو قول زفر وهما اي مالك والشافعي يقولان ان الطهور ما يطهر
غيره مرة بعد اخرى كالقطوع ولا يكون كذلك الا اذا لم يتنجس بالاستعمال والجواب انه المحكي عن ثعلب ورد عليه
بان هذا ان كان لزيادة بيان لنهاية في الطهارة كان سديدا ويعضده قوله تعالى وينزل عليكم من السماء
ماء ليطهركم به وان كان لا فليس فعول من التفعيل في شيء وان كان بيانا للنهاية فيها لا يستدل به على تطهير الغير مرة
عن الكل او فيه وقول زفر لان الاعضاء طاهرة حقيقة معنى ان اعضاء الوضوء طاهرة حقيقة نجسة حكما فالماء
المستعمل فيها بالنظر الى الاول طاهر وبالنظر الى الثاني نجس والحكم عليه باحدهما ابطال الآخر ولما لها ولو وجه
اولى من اهمال احدهما فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقول محمد هو انه طاهر غير طهور

روايةٌ عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو المختار للفتوى لعموم البلوى **قوله** لان ملاقاة الطاهر وهو الماء الطاهر و
العضو المغسول لا توجب التنجيس كما لو غسل به ثوب طاهر الا انه اقيمت به قربة ولاقامتها تاثير في تغيير
ما اقيمت به اي بالاستعمال صفة الماء كمال الصدقة الذي اقيم به قربة فقد تغيرت صفته فلم يبق طيبا وقد صح ان اصحاب النبي
عليه السلام بادروا الى وضوئه فمسحوا به وجوههم فلو كان نجسا لمنعهم كما منع ابا طيبة الحجام عن شرب دمه ووجه الا
لابي حنيفة وابي يوسف بقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث انه عليه السلام كما نهى عن النجاسة الحقيقية
وهو البول فكذلك نهى عن الحكمية وهو الاغتسال فدل على ان الاغتسال فيه كالبول فيه **قوله** ولانه ماء اي ولان الماء
المستعمل ماء ازيل به المانع من جواز الصلوة وهو النجس الحكمي فيتنجس قياسا على ماء ازيل به المانع الآخر وهو النجس
الحقيقي فيتنجس الحقيقي ولقائل ان يقول المتوضي قبل استعمال الماء موصوف بكونه محدثا فاذا استعمل فلا يخلو اما ان تحول
هذه الصفة منه الى الماء اولا لا سبيل الى الاول لان الاعراض لا تقبل الانتقال من محل الى محل باتفاق العقلاء
فتعين الثاني وحينئذ لا وجه للحكم بنجاسة الماء والجواب ان كلامنا ليس في المتوضي وصفته وانما هو في ان اعضاء
الوضوء متصفة بالنجاسة حكما وقد ازالتها بالوضوء الذي اقيمت به قربة وقد قام الدليل آنفا على ان لاقامة القربة
تاثيرا في تغيير ما اقيمت به فصار الماء بخبث شرعا كمال الصدقة ولا نعني بصيرورة الماء نجسا الا اتصافه
بالخبث شرعا والانتقال على الاعراض الحقيقية لا يجوز واما الامور الاعتبارية الحكمية فيجوز ان يعتبر قايمة بمحل بعد قطع
الاعتبار عن قيامها بمحل آخر الا ترى ان الملك للبايع امر اعتباري حكمي وبعد ان قال بعت وقبل المشتري انتقل
الملك من البايع اليه وبعد ما ثبت نجاسته اختلفت الرواية في غلظها وخفتها فروى الحسن عن ابي حنيفة انه نجس نجاسة
غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية فيقدر بالدرهم وروى ابو يوسف عنه وهو قوله انه نجس نجاسة خفيفة
لمكان الاختلاف فان اختلاف العلماء يورث التخفيف كما سيجيء **قوله** والماء المستعمل بيان لحقيقته فكان حقه
التقديم ولكن قدم الحكم لما ذكرنا آنفا ولانه لم يتعين بيان السبب بعد الفراغ عن الوسايل فلم يجب تقديمه ثم سبب كون الماء مستعملا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو ازالة الحدث او قصد القربة وعند محمد قصد القربة فقط وعند زفر والشافعي
ازالة الحدث لا غير فلو توضأ محدث بنية القربة صار الماء مستعملا بالاجماع ولو توضأ رجل متوضي للتبرد لا يصير مستعملا
بالاجماع ولو توضأ المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما وعند زفر خلافا لمحمد لعدم قصد القربة وكذا عند الشافعي لعدم
ازالة الحدث عنده بلا نية ولو توضأ المتوضي لقصد القربة صار مستعملا عند الثلاثة خلافا لزفر والشافعي استدل
محمد بقوله لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه اي الى الماء المستعمل كما قررناه وانتقالها بازالتها عن محلها وذا انما
بالقرب كما في مال الصدقة وابو يوسف يقول اسقاط الفرض ايضا مؤثر لان التغير عندهما انما يكون بزوال النجاسة
حكمية عن المحل وانتقالها الى الماء وقد انتقلت الى الماء في الحالين جميعا كما تقدم من اعتبارها بالنجاسة الحقيقية فيثبت
فساد الماء بالامرين جميعا **قوله** ومتى يصير مستعملا بيان لوقت اخذه حكم الاستعمال وقد اتفق علماؤنا رحمهم
الله على ان الماء ما دام مترددا في العضو ليس له حكم الاستعمال فاذا زايل العضو ولم يستقر في مكان او اناء اختلفوا
فيه فقال سفيان الثوري وابراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوي انه لا يصير مستعملا وذهب اصحابنا
الى انه كما زايل العضو صار مستعملا حتى لو اصاب شيئا نجسه وقالوا ان من مسح راسه فاخذ من لحيته ماء ومسح به راسه
لا يجوز ولكن المصنف قال الصحيح انه كما زايل العضو وهذا يسمى كاف المفاجاة كما تقول كما خرجت من البيت
اسد اي فاجأت رؤية اسد ومعناه يصير الماء مفاجيا وقت زواله عن العضو وقت الاستعمال من غير تراخ قال قد

الاستقرار في مكان وهو اسناد الفعل الى الزمان فيكون مجازا عقليا **قوله** لان سقوط حكم الاستعمال الظاهر واورد
بان فيه حرجا فكان ضرورة وقد تمسك في جوابه بان حكم الاستعمال سقط في المنديل والثياب للحرج وهو مناقض لاصل الدليل
ولعل المخلص ان يقال لثبوت حكم الاستعمال عند المزايلة من العضو في الجميع ولا حرج فيه اذ المختار من الاقوال الثلثة
انه طاهر غير طهور **قال** والجنب اذا انغمس في البئر جنب ليس على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو لم يطهر
ولم ينجس الماء عند ابي يوسف وطهر الرجل ولم ينجس الماء عند محمد ولم يطهر ونجس الماء عند ابي حنيفة رح وقيد
بقوله لطلب الدلو لانه لو انغمس للاغتسال للصلوة فسد الماء عند الكل لابي يوسف في بقاء الرجل نجسا ان الصب
عنده شرط هذا في الاغتسال خاصة لان القياس لا يقتضي التطهير بالغسل لتنجس الماء باول الملاقات وانما حصل
ضرورة خروج المكلف عن الامر بالتطهير والماء الجاري اقرب الى ذلك لعدم استقراره والصب بمنزلته فيشترط
تحصيلا للمامور به بقدر الامكان وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط وفي بقاء
الماء طاهرا ان سبب استعماله احد الامرين اسقاط الفرض ونية القربة كما تقدم لا سبب له غيرهما وقد انتفيا
جميعا فينتفي الحكم فان قيل انتفاء اسقاط الفرض ممنوع فانه يسقط عنه وان لم ينو فقد سقط الفرض وبه
يصير الماء مستعملا لكونه احد الامرين اجيب بانه ترك اصله في هذه المسئلة ضرورة الحاجة الى طلب الدلو ولو
سقط الفرض تنجس وفسد البئر وفيه حرج لا يخفى ولمحمد رح في طهارة الرجل عدم اشتراط الصب فانه اذا لم يكن
شرطا لا يستلزم انتفاؤه انتفاء الحكم وفي طهارة الماء عدم نية التقرب فان السبب عنده ليس الا اقامة القربة
بالنية ولم توجد وكان هذا السبب متعينا كالسبب في ولد المغصوب فينتفي الحكم بانتفائه ولابي حنيفة رح في نجاسة
الماء اسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة فان الماء يصير به مستعملا وان لم توجد النية لانها ليست بشرط
لسقوط الفرض وفي بقاء الرجل نجسا لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل
لان النية لما لم تشترط لسقوط الفرض عنده سقط الفرض بالانغماس وصار الماء مستعملا والرجل متلبس به
فيتنجس بنجاسته وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم النجاسة قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه
لكونه اكثر مناسبة لاصله فعلى الاول لا يجوز له الصلوة ولا قراءة القرآن وعلى الثاني يجوز له القراءة دون الصلوة وعلى الثالث
يجوز كلاهما وانما قدم قول ابي يوسف ولم يوسطه كما هو حقه لزيادة احتياجه الى البيان بسبب تركه اصله كما بينا
قال وكل اهاب دبغ فقد طهر يتعلق بدباغ الاهاب ثلث مسائل الطهارة وهي تتعلق بكتاب الصيد والصلوة
فيه وهي تتعلق بكتاب الصلوة والوضوء منه بان يجعل قربة وهي تتعلق بهذا الباب وانما قال والصلوة فيه بان يجعل
ثوبا ولم يقل عليه بان يجعل مصلى وان كان الحكم فيهما واحدا لان البيان في الثوب بيان في المصلى لزيادة لا
ولانه منصوص عليه بقوله وثيابك فطهر وطهارة المكان ملحقة به بالدلالة وانما ذكر الحكمين الآخرين وان
كان يفهمان من قوله احترازا عن قول مالك فانه يقول يطهر ظاهره دون باطنه فيصلى عليه لا فيه وانما قدم الخنزير
على الآدمي لان الموضع موضع اهانة لكونه في بيان النجاسة وتأخير الآدمي في ذلك اولى وانما استدل على الطهارة
دون الآخرين لان ثبوتهما يستلزم ثبوتها لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه لكونه نكرة
اتصفت بصفة عامة حجة على الشافعي في جلد الميتة فانه يقول بانه لا يطهر لكنه ينتفع به في الجامدات من الاشياء
دون المايع فيجعل جرابا للحبوب دون السمن والخل وغيرهما فان قيل جلد الخنزير والآدمي خارج عن عمومه فيجوز ان
يخص منه جلد الميتة بالقياس عليه او بقوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب اجيب بانه قياس فيه ابطال

النص وهو قوله عليه السلام ايما اهاب دبغ الحديث فلو خرج جلد الميتة ايضا لزم ابطال النص بالقياس وذلك باطل
وتحقيقه ان الجلد الطاهر ليس مما نحن فيه بالاتفاق وجلد الآدمي والخنزير خارج على ما سنذكره والنهي عن الانتفاع بالاهاب
وبعوام جلد غير مدبوغ كذا قال الخليل والاصمعي وليس في ذلك داخلا في عموم قوله اهاب دبغ ليحتاج تخصيصه ولا تعارض
بينهما لاختلاف المحل قوله وحجة على الشافعي عطف على قوله حجة على ... ان الشافعي يقول بعدم طهارة جلد الكلب بالدباغ
وتخصيص الكلب موافق لما ذكره في الاسرار وذكر في المبسوط ان كل ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ عند الشافعي
قياسا على جلد الخنزير والآدمي ولعل هذا لا فائدة في تخصيصه وقوله وليس الكلب بنجس العين جواب عن قياس الشافعي
الكلب على الخنزير وان لم يذكره في الكتاب واختلفت الروايات في كون الكلب نجس العين فمنهم من ذهب الى ذلك قال
شمس الائمة في المبسوط والصحيح من المذهب عندنا ان عين الكلب نجس اليه يشير محمد في الكتاب في قوله وليس الميت بانجس من
الكلب والخنزير قيل والاصح انه ليس بنجس العين لانه ينتفع به حراسة واصطيادا ولو نجس العين كذلك ولا يشكل
بالسرقين فانه نجس لا محالة وينتفع به ايقادا وغيره لانه انتفاع بالاهلاك وهو جائز كالدهن النجس بالاداء وهو نجاسة
المص قوله بخلاف الخنزير متصل بقوله الا جلد الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه
فان قيل المقصود بالذكر في الكلام هو المضاف فيجب ان يرجع اليه الضمير اجيب بان المضاف اليه قد يكون مقصودا
مثل ان يقول مثلا رايت ابن زيد فانه يجوز ان يقال وحرمته على الاشتغال فيكون الضمير راجعا الى المضاف اليه لانه
المقصود ويجوز ان يقول فاخبره بان ابنك هذا فاضل فيكون راجعا الى المضاف اليه كقوله تعالى والذين ينقضون عهد الله
من بعد ميثاقه فان الضمير يجوز ان يرجع الى كل من المضاف والمضاف اليه ورجوعه الى المضاف اليه فيما نحن فيه اولى لكونه
اشمل الاجزاء واحوط في العمل لان الضمير ان رجع الى اللحم لا يحصل تحريم غيره وان رجع اليه حرم فغير اللحم داير بين ان يحرم
وان لا يحرم فيحرم احتياطا وذلك برجوع الضمير الى المضاف اليه قوله وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي متعلق
بقوله والآدمي ومعنى كلامه بخلاف جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدباغ لنجاسة عينه وجلد الآدمي لكرامته لئلا يتجاسر الناس
على من كرمه الله بابتذال اجزائه مخرجا عما رويناه يعني من قوله عليه السلام ايما اهاب دبغ الحديث فان قلت
خروجهما عن الحديث اهو تخصيص فيحتاج الى مخصص مقارن على ما هو المذهب ام نسخ فيحتاج الى ناسخ متأخر قلت
عدم طهارتهما ثابت بالكتاب فان كان متأخرا عن الحديث فهو ناسخ لا محالة وان كان متقدما عليه منع التأويل
لتقرره في الشرع وخبر الواحد لا يعارضه فضلا عن ان ينسخه وان كان مقارنا كان مخصصا والمخرج عن حكم الحديث
ثابت في الجميع فعبر بقوله مخرجا وقوله ثم ما يمنع النتن والفساد بيان لما يدبغ به ذكره باستطراد ذكر الدباغة قال
محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شيء يمنع الجلد من الفساد فهو دباغ فيتناول التشميس
والتتريب لان المقصود وهو منع الفساد بازالة الرطوبة النجسة يحصل بذلك فلا معنى لاشتراط غيره من قرظ او عفص
او شب او نحوها كما شرطه الشافعي قوله وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة يعني الذكاة الحاصلة من الاهل بالتسمية فان ذكاة
المجوسي غير مطهرة وذكر الضمير لان الذكاة بمعنى الذبح وانما تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة لانه
يمنع من اتصالها به والدباغ يزيل بعد الاتصال ولما كان الدباغ بعد الاتصال مزيلا ومطهرا كانت الذكاة المانعة من الاتصال
اولى ان يكون مطهرا قوله وكذلك يطهر لحمه اي لحم المذبوح حتى اذا صلى ومعه من لحم الثعلب المذبوح اكثر من قدر
الدرهم جازت وقوله وهو الصحيح احتراز عما قال في الاسرار وغيره انه نجس لان الحرمة فيما يصلح للاكل لا لكرامته دليل
النجاسة ولزم طهارة الجلد مع اتصال اللحم به واجابوا بان بين اللحم والجلد جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد الغليظ

لا يتنجس والذي اختاره المص هو ويجيء المنقول عن الكرخي وصححه صاحب التحفة وذلك لان الجلد يطهر باتفاق اصحابنا
واللحم متصل به فكيف يكون نجسا وملاقاة الجنس الطاهر نجسه فكيف الاتصال الذي لا يزول الا بالسكين وما قيل من
الجلدة الرقيقة متوهم وعلى تقدير تحققه فاما ان يكون طاهرة او نجسة ولا يجس عند السلخ بين الجلد واللحم امر ثالث لا
محالة فهي اما متصلة باللحم او الجلد فان كانت متصلة باللحم فليس يتصور ان يكون نجسة والجلد طاهر فيكون طاهرة
واللحم متصل به ايضا فكيف يكون نجسا وذلك واضح لا يخفى على المتأمل فهذا هو الذي حمل المص على تصحيح رواية
طهارة اللحم والجواب عن قولهم ان الحرمة فيما يصلح للاكل لا للكرامة دليل النجاسة انه مسلم ولكن هذه النجاسة هي
اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت كما تقدم وهي هنا منتفية وقد انتفت هنا بالذبح فينتفي كما قلنا في ولد
المغصوب وقوله وشعر الميتة وعظمها وعصبها طاهر ذكره باعتبار اثره اذا وقع في الماء هل يجوز به الوضوء او لا
عندنا يجوز به الوضوء لكونها طاهرة وقال الشافعي هو نجس لانه اي كل واحد من اجزاء الميت والميت نجس بجميع اجزائها
قلنا لا نسلم ان كل جزء من الميت نجس بل النجس منها ما كان فيه حياة زالت بالموت وهذه الاشياء لا حياة فيها حتى لا يتألم
بقطعها الحيوان فان قطع قرن البقرة لا يولمها وجز صوف الغنم كذلك فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحياة وهذا
يشير الى ان بين الحياة والموت تقابل العدم والملكة وقال بعض المتكلمين هما صفتان وجوديتان لقوله تعالى خلق الموت
والحياة والمخلوق لا يكون عدما واجيب بان المراد بالخلق التقدير والعدم مقدر لانها لا ذكرناه من الدليل استدلال
في مقابلة النص لان الله تعالى قال من يحيي العظام وهي رميم ولا اخفاء في دلالته على ان في العظم حياة لان المراد
بمن يحيي صاحب العظام وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه مع امكان
الانتفاع به فكان نجسا ولنا ان حرمة الانتفاع به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته وقد صح ان رسول الله عليه السلام
حلق شعره وقسمه بين اصحابه وذلك دليل طهارته

فصل في البئر

لما ذكر حكم الماء القليل بانه
ينجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله اورد عليه حكم ماء البئر نقضا فانه لا يراق كله في بعض الصور فذكر ماء
البئر في فصل على حدة بيانا لوجه المخالفة وقوله واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت قيل نزح البئر اي ماؤها
بحذف المضاف لعدم الالتباس لما ان نزح عين البئر غير ممكن ونزح النجاسة لا يتم جواب المسألة فتعين الحذف وانما
باعتبار الاسناد الظاهري ولان قوله وكان نزح ما فيها من الماء دليل على ما قلنا فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل
على الحال كقولهم جرى النهر كذا في النهاية وفيه نظر لانه حينئذ لم يكن لاخراج النجاسة ذكر ولا يطهر البئر الا باخراجها
ومن هذا ذهب بعض الشارحين الى ان ضمير نزحت للنجاسة وجواب اذا هو المجموع من قوله نزحت الى قوله طهارة لها وتقديره
تقديره نزحت النجاسة وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها واقول التركيب يحتمل على هذا التقدير ان يقال نزحت
النجاسة والماء وكان نزح ما فيها الى آخره فلو جعلنا نزحت في الحقيقة مسندا الى الماء حتى يعود المعنى نزحت اي البئر
النجاسة والماء جميعا وكان نزح ما يجري ... ذلك كله قوله وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها اشارة
الى انه يطهر بمجرد النزح من غير توقف على غسل الاحجار ونقل الاوحال ... والسلف الصحابة ومن بعدهم ومسائل
البئر مبنية على اتباع الآثار دون القياس لان القياس احد الامرين اما ان يطم البئر لتنجس الاوحال والجدران
واما ان لا يتنجس ابدا اذا نبع الماء من اسفله لكونه كالماء الجاري كما قال محمد اتفق رأيي ورأي ابي يوسف ان ماء البئر في
حكم الماء الجاري الا انا تركنا القياس واتبعنا الآثار وقوله ثم وقعت اشارة الى ما يجب نزحه من الماء بجميع نزح
منها من النجاسة قوله وجه الاستحسان هو احد وجهي الاستحسان وهو الضرورة على ما ذكره ولا فرق على هذا

الوجه من الرطب واليابس والصحيح والمنكسر وروث الفرس والحمار وخثي البقر والجاموس وبعر الابل والغنم لشمول الضرورة
المذكورة في الكتاب لكن يفرق بين ابار الامصار والفلوات فان ابار الامصار لها رؤس حاجزة والوجه الاخر ان البعر
شيء صلب على ظاهره رطوبة الامعاء ولا يتداخل الماء في اجزائها وعلى هذا لا يفرق بين ابار الامصار والفلوات ويفرق
بين الصحيح والمنكسر فان المنكسر يتداخل النجاسة فيفسد البعر والروث والخثي لان الروث والخثي لا صلابة لهما فتنفذ
الماء في اجزائها فينجس الماء واذا عرفت هذا فاعلم ان اختلاف اقوال المشايخ في جعل الكل غير مفسد وجعل بعضه
مفسدا دون بعض يرجع الى وجهي الاستحسان قوله ولا ضرورة في الكثير هو ايضا على الوجه الاول واما الوجه الثاني
فيقتضي عدم التفرقة بين القليل والكثير لان الصلابة والامساك في الجميع موجود وقوله وهو ما يستكثره الناظر
اشارة الى ما هو المختار عنده في حد الكثرة فان منهم من قال الكثير هو ان يغطي وجه جميع الماء وقيل وجه اكثره وقيل
ان لا يخلو دلو من بعرة وقال الامام التمرتاشي ذكر البعرتين اشارة الى ان الثلث كثير وانما قال عليه الاعتماد قوله
ترمي البعرة وتشرب اللبن معناه لا ينجس اذا رميت قبل ان يتغير لونه قال شمس الاسلام في مبسوطه لا ينجس اذا رميت
من ساعته ولم يبق لها لون لمكان الضرورة لان من عادتها انها تبعر عند الحلب وللضرورة اثر في اسقاط حكم النجاسة
قال وعن ابي حنيفة انه اي الاناء بمنزلة البئر في عدم تنجس الاناء بالبعرة والبعرتين كالبئر وقوله وان وقع فيها
خرء الحمام او العصفور وخرء الحمام والعصفور طاهر عندنا وقال الشافعي انه نجس وهو القياس لانه غذاء استحال الى نتن
وفساد فكان كالذي يحيله الطبع عن الغذاء على نوعين نوع يحيله الى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس ونوع يحيله
الى صلاح كالبيض واللبن والعسل وهذا من النوع الاول فاشبه خرء الدجاج وهو نجس بالاتفاق فاستحسن علماؤنا
رحمهم الله طهارته بدلالة الاجماع فان الصدر الاول ومن بعدهم اجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد الحرام مع ورود
الامر بتطهيرها بقوله تعالى ان طهرا بيتي وبقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم وفي ذلك دليل انه طاهر على
نجاسته واصله حديث ابي امامة الباهلي ان النبي عليه السلام شكر الحمامة فقال انها اوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها
الله بان جعل المساجد مأواها قوله واستحالة لا الى نتن جواب الشافعي وجهه ان موجب التنجس النتن و
والنتن هنا غير موجود وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل فان قال الفساد وحده مما يوجبه قلنا منقوض بالمني فانه
قد فسد وهو طاهر وسائر الاطعمة قد فسد بطول المكث ولا تنجس فيما نحن فيه سقط للضرورة قوله فاشبه الحماة
يعني في النتن دون الفساد وقوله فان بالت فيها اي في البئر شاة اصل هذه المسئلة ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عند
محمد ان وقع في الماء القليل لا يفسده ويجوز الوضوء به الا ان يغلب الماء فيخرج عن طهوريته نجس عندهما ان وقع منه
قطرة في البئر افسدته والكثير الفاحش منه يمنع جواز الصلوة لمحمد حديث العرنيين وقصته ما روى ان قوما من
عرينة تصغير عرنة واد بحذاء عرفات سميت بها قبيلة تنسب اليها العرنيون بحذف ياء فعيلة كقولهم الجهنيون اتوا
المدينة فاجتووها اي لم يوافقهم فاصفرت الوانهم وانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله عليه السلام بان يخرجوا الى
ابل الصدقة ويشربوا من ابوالها والبانها فخرجوا وشربوا فصحوا ثم ارتدوا وقتلوا الرعاة واستاقوا الابل فبعث رسول الله
في اثرهم قوما فاخذوا فقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وتركهم في شدة الحر حتى ماتوا ووجه الاستدلال انه امرهم
بشرب ابوال الابل ولو كان نجسا لما امر بذلك لكونه حراما وقد قال عليه السلام ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم
ولهما قوله عليه السلام استنزهوا البول فان عامة عذاب القبر منه ووجه الاستدلال انه عليه السلام امر باستنزاه البول من
غير فصل والامر للوجوب وبما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم شيع جنازة سعد بن معاذ وكان يمشي على رؤس

اصابعه

اصابعه من زحام الملائكة التي حضرت الصلوة عليه فلما وضع في القبر ضغطه الارض ضغطة كادت تختلف اضلاعه
فسئل رسول الله عن سببه فقال انه كان لا يستنزه البول وقد مر بقبر يعذب صاحبه فقال انه كان لا يستنزه من البول نفسه فان من لا يستنزه لا يجوز صلوته وانما
اراد بول الابل عند معالجتها وقال ولانه مستحيل الى نتن دليل معقول وقد تقدم بيانه وما رواه محمد من حديث
انس فقد ذكر قتادة عن انس انه رخص لهم في شرب البان الابل ولم يذكر الابوال فلما ذكر في حديث حميد عن انس
فقد دار بين ان يكون حجة وان لا يكون فيسقط الاستدلال به وقيل انه منسوخ وقد ذكرنا الحديثين في التقرير شرح
اصول فخر الاسلام فليطلب ثم قال المصنف ولنا دليل ما روي انه عليه السلام عرف شفاءهم فيه وحيا ولا يوجد مثله في
زماننا فلا يحل شربه لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وابو يوسف نظر الى الغصة فما لا يحل للتداوي لا
يحل لغيره ومحمد لما طهره لم يفرق بينه وبين اللبن فيحل شربه للتداوي ولغيره قوله وان ماتت فيها فارة او
حاصل هذه المسائل ان الحيوان لو وقع في البئر لا يخلو من اوجه تسعة اما ان يكون فارة ونحوها او شاة ونحوها
وكل منها اما ان يخرج حيا او ميتا والميت اما ان يكون منتفخا او لا فما اخرج حيا لا ينجس في الفصول كلها الا الخنزير
لكونه نجس العين والكلب عند من يقول بنجاسة عينه والصحيح عند المصنف انه ليس بنجس العين كما تقدم وما اخرج ميتا
ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الميت فيها فارة او عصفورة او صعوة قال المطرزي الصعو صغار العصافير الواحد
صعوة والسودانية طويرة طويلة الذنب تأكل العنب والجراد وسام ابرص الكبير من الوزغ ولم تنتفخ ينزح منها
ما بين عشرين دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها قيل الصايغ كبر ما دونه صغير يعني ينقص عن العشرين في الكبير
ويزاد عليه في الصغير وقوله يعني بعد اخراج الفارة يعني ان النزح انما يكون معتبرا اذا كان بعد اخراج الفارة
لان سبب نجاسة البئر حصول الفارة الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة لحديث
انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها بمنزلة
الفارة في حكم الواحد الى الاربع وفي الخمس الى التسع وفي العشر ينزح ماء البئر كله فيما يروى عن ابي يوسف
قوله والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب انما ذكر ذلك لان الرواية قد اختلفت فيه اختلافا
كثيرا فورد في بعض الروايات ينزح منها دلاء وفي رواية عشرون وفي رواية ثلثون وفي رواية اربعون فاخذ بعضهم
اوجب عشرين وبعضهم اقل من عشرين وبعضهم اكثر من عشرين فاخذ علماؤنا رحمهم الله بالعشرين لانه الوسط
بين القليل والكثير وكان واجبا للعين وما دواه استحبابا وفيه نظر لان هذا المعنى موجود في الكثير فلم يتعين
عشرون للوجوب والاولى ان يقال ان السنة جاءت في رواية انس بن مالك عن النبي عليه السلام انه قال في الفارة
اذا وقعت في البئر فماتت فيها انه ينزح منها عشرون دلوا او ثلثون هكذا رواه ابو علي الحافظ السمرقندي باسناده
واو لاحد الشيئين وكان الاقل ثابتا بيقين وهو معنى الوجوب والاكثر يؤتى به لئلا يترك اللفظ المروي وان
كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب وفي الوجه الثاني وهو ما يكون الميت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة
والسنور ينزح منها ما بين اربعين الى ستين وكلامه ظاهر وقوله وهو الاظهر لان الجامع الصغير لم يذكر التخيير
فيكون القول المذكور فيه هو المرجوع اليه وفي الوجه الثالث وهو ما يكون الميت فيها شاة او ادميا او كلبا ينزح جميع
ما فيها وكلامه ظاهر قوله ثم المعتبر في كل بئر دلوها فانه ذكر مبهما فاحتاج الى تفسيرها وقيل دلو يسع فيها صاع
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وهو نزح المقدار
الذي قدره الشرع قال وفي الاصل اذا وقع في البئر فارة فجاؤا بدلو عظيم يسع عشرين دلوا فاستقوا به مرة

بزامه وهو واجب اي لان الفعل الذي يعود منه الى البئر اقل من الخمس انه لا يطهر البئر ولحق لان بجواز الدلاء وتغيير الماء في
معنى الجاري وقلنا لما قدر الشرع الدلاء بعدد مخصوص عرفنا ان المعتبر العدد المنزوح وان معنى الجريان ساقط وذلك يحصل بالدلو
العظيم هذا كله اذا لم ينتفخ الحيوان فان انتفخ او تفسخ فيها نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء ولو
لان عند الانتفاخ والتفسخ ينفصل بلة نجسة فكان كالقطرة من الدم او الخمر فينتشر في الماء ولهذا قال محمد في ذنب الفارة وقعت
في البئر نزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن نجاسة مايعة بخلاف الفارة الصحيح الجسد **قوله** واذا كانت البئر معينا
يجوز ان يكون من عنت اذا ابعت العين ويجوز ان يكون اصله من امعنت الارض اذا دوت وماء معين اي جار ويكون فعيلا
وكان ينبغي ان يقال معينة لان البئر مؤنثة وانما ذكرها حملا على اللفظ او توهم انها فعيل بمعنى مفعول وقوله لا يمكن نزحها
صفة **قوله** اخرجوا جواب المسئلة **قوله** مقدار ما كان فيها من الماء اشارة الى ان الاعتبار للماء الذي كان وقت وقوع
النجاسة **قوله** فينزح لكل قدر منها قدر دلو حتى اذا كان طول الماء عشر قبضات فانتقص بعشر دلاء قبضة واحدة يعلم
ان كل الماء مائة دلو فينزح تسعين دلوا اخرى **قوله** بنى جوابه على ما شاهد في بلده لان بئار بغداد وغالب مياه الابار
لا يزيد على ثمانية دلو **قوله** ولم يقدر الغلبة بشي لانها تتفاوت والنزح الى ان يغلب الظن هو الصحيح في الشرع لان الطاعة
بحسب الطاقة **قوله** كما هو رايه اي عادته فان عادته ان يفوض مثل هذا الى راي المبتلى به كما تقدم من قوله هو ما يستكثره
الناظر وكما في حبس الغريم وحد التقادم **قوله** وهذا اشبه بالفقه اي بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة لان الاخذ بقول
الغير هو المرجع فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون كما في جزاء الصيد حيث
قال يحكم به ذوا عدل منكم والشهادة حيث قال واشهدوا ذوي عدل منكم وشرط البصارة لما في امر الماء لان الاحكام انما تتعلق
من له علم بها اليد فلا تختار اهل الذكر وهذا القول اي الاخذ بقول رجلين مروي عن ابي نصر محمد بن سلام رحمه الله **قال** وان
وجدوا في البئر فارة او غيرها كلامه ظاهر **قوله** لان اليقين لا يزول بالشك بيانه ان الماء كان طاهرا بيقين ووقع الشك في
نجاسته فيما مضى واليقين لا يزول بالشك فلا يحكم بالنجاسة الا زمان التيقن بوقوع النجاسة لان اليقين يزول بيقين مثله وهذا
هو القياس لكن ما يثبت فيه نجاسته لا يدري متى اصابته فانه لا يلزمه اعادة شيء من الصلوات ولابي حنيفة رح ان لموت الحيوان في
البئر سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء وموهوما وكل ما سبق ظاهرا يحال به عليه كمن جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
يحال بموته على الجراحة لانه هو السبب الظاهر وكيت النفس في عمره حينئذ فانه يحال الموت على نهشها وان احتمل ان يكون الموت
بغير الجرح والنهش لان الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر الا ان الانتفاخ دليل تقادم العهد وادنى تقادم العهد في ذلك
ثلثة ايام الا ترى ان من دفن بلا صلوة يصلي على قبره الى ثلثة ايام ولا يصلي بعد ذلك لانه يتفسخ في هذه المدة فيقدر بالثلث
وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم لان اقل المقادير في باب الصلوة يوم وليلة فان ما دونه ساعات
لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى انه ظاهر

فصل في الآسار وغيرها

لما فرغ من بيان فساد المياه وعدمه باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرها باعتبار ما يتولد منها وهو السؤر وهو
بقية الماء الذي يبقيها الشارب في الاناء ثم عمم استعماله فيه وفي الطعام وجمع الاسار وهي اربعة عندنا طاهر كسور
الادمي ومكروه كسور الهرة ونجس كسور الخنزير وسباع البهائم ومشكوك فيه كسور البغل والحمار **قال** وعرق
كل شي معتبر بسوره قيل كان الواجب ان يقول وسور كل شيء معتبر بعرقه لان الكلام في السور لا في العرق وليس بصحيح لان
الفصل لاداب يتبين في ضمن الاسار العرق فلو قال وسور كل شي يعتبر بعرقه لوجب ان يقول بعده عرق الادمي كذا وعرق الكلب
وعرق الخنزير كذا او كان الفصل لذات العرق لا للسور ولا ينتقض بسور الحمار فانه مشكوك وعرقه طاهر لان الشك

في طهوريته لا في طهارته **قوله** لانهما اي اللعاب والعرق اثر على اللعاب دون الدم لكن لان السور هو اختلاط اللعاب فكان
ذكر السور ذكرا له وسور الادمي وما يؤكل لحمه كالابل والبقر والغنم ونحوها طاهر قيل يعني بغير كراهة فلا يغلق فيسود الدجاجة
المخلاة فانها مكروهة السور وما يؤكل لحمه كالسباع ولا ان ما كول اللحم طاهر السور فلا يخرج من الحكم لانه **قوله**
لان المختلط به اللعاب وانه **قوله** ويدخل في هذا الجواب الجنب لكونه ادميا والنجاسة لا اثر لها في ذلك لما روي ان النبي
عليه السلام لقي حذيفة رضي الله عنه فمد يده ليصافحه فقبض يده فقال اني جنب فقال عليه السلام المؤمن لا ينجس وبهذا يسقط
ما قيل ينبغي ان يكون سور الجنب نجسا على قول ابي يوسف لوجود سقوط الفرض عن فمه بشربه لانه تعليل في مقابلة النص
على انه في مكان الضرورة فيسقط حكم النجاسة كسقوطه عند ادخال اليد الاناء والحائض لما روي ان عائشة رضي الله عنها
شربت من الاناء في حال حيضها فوضع رسول الله عليه السلام فمه على موضع فمها وشرب والكافر لما روي ان رسول الله عليه السلام انزل
وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين ولو كان عين المشرك نجسا لما فعل ذلك ولا يعارض بقوله انما المشركون نجس لان المراد به
الخبث في الاعتقاد **قوله** وسور الكلب نجس ظاهر **قوله** فاذا نجس الاناء فالماء اولى يشير الى انه ثبت بالدلالة فان
الاجماع لما انعقد على وجوب غسل الاناء بولوغه ولسانه لم يلاقه وانما لاقى الماء كان دليلا على تنجس الملاقي بطريق
الاولى قيل يجوز ان يكون المراد بولوغ الكلب في الاناء لحسه فيكون لسانه ملاقيا للاناء فلا يتم الاستدلال والولوغ
واجيب بان الولوغ حقيقة في شرب الكلب واشباهه المايعات باطراف لسانه والكلام للحقيقة اذا لم يصرف عنها قرينة
قوله ومعناه اي معنى هذا الحديث بقيد النجاسة نفي لقول مالك والعدد نفي لقول الشافعي في اشتراط السبع **قوله** ولانه مما
يصيبه بوله يطهر بالثلث اي بالاتفاق **قوله** فما يصيبه سوره وهو دونه لان الكافر يقول بطهارة سوره ولم
يقل احد بطهارة بوله فاذا طهر بوله بالثلث فلان يطهر سوره اولى وفيه نظر لان عند الشافعي بوله ودمه وسائر
امور منه نجس لا يطهر الا بالغسل سبعا ذكره في التهذيب ويجوز ان يكون ثمه رواية عنه اطلع عليها اصحابنا فيكون الزاما
عليه وقوله والامر الوارد بالسبع جواب عما يستدل به الشافعي مما روى عبد الله بن مغفل انه عليه السلام قال اذا ولغ
الكلب في اناء احدكم فاغسلوه سبعا وعفروا الثامنة بالتراب فانه محمول على الابتداء حين كان يشدد عليهم فيها حتى روي
انه عليه السلام قال من اقتنى كلبا الا كلب ماشية او صيد نقص من اجره كل يوم قيراط والدليل عليه انه قال وعفروا
الثامنة بالتراب والتعفير ليس بواجب بالاتفاق فان قيل يجوز ان يكون المراد بغسل الاناء التعبد لا ازالة النجس
اجيب بانه لو كان كذلك لوجب غسل غير موضع النجاسة كما في الحدث والواجب ههنا غسل موضع الاصابة بالاجماع
وكان الغسل لانه لما النجاسة لا للتعبد وسور الخنزير نجس لانه نجس العين فكان لحمه نجسا واللعاب يتولد منه وسور
سباع البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير له ان سور الخنزير ما استدل الشافعي بما روى عن
ابن عمر ان النبي عليه السلام سئل فقيل انتوضأ بما افضلت الحمر فقال نعم وبما افضلت السباع كلها والجواب انه مرسل
لا يصح الاحتجاج به لان رواية داود بن حصين لم يلق جابرا كذا قال الجصاص وذكر شيخ ان المراد به حمر الوحش
وسباع الطير او المراد به الماء الكثير او هو محمول على ما قبل تحريمها توفيقا بين الادلة ولم يذكر محمد ان نجاسته غليظة او خفيفة
فعن ابي حنيفة انه نجاسته غليظة وعن ابي يوسف انه كبول ما يؤكل لحمه لان الناس اختلفوا في سور ما لا يؤكل لحمه من السباع
كما اختلفوا في بول ما يؤكل لحمه فاوجب اختلافهم تخفيفا ههنا كما اوجب هناك وسور الهرة طاهر مكروه وقال ابو يوسف
غير مكروه وقد روي ان النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به وقال كيف اكره مع هذا الحديث
واما قوله عليه السلام الهرة سبع فالمراد به بيان الحقيقة دون الحكم والصورة لانه عليه السلام بعث لبيان الشرايع فان قيل

قيل لو كان الواجب القول بنجاسته اجاب بقوله الا انه اسقطنا النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وقوله لعلة الطوف يجوز
ان يكون اشارة الى الضرورة فان حكم النجاسة يسقط بها كما مر غير مرة ويجوز ان يكون اشارة الى ما روي عن عائشة رضي الله عنها
انها كانت تصلي وفي بيتها قصعة من هريسة فجاءت هرة فاكلت منها فلما فرغت من صلوتها دعت جارات لها فكن يتحامين
من موضع فمها فمدت يدها واخذت من موضع فمها واكلت وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الهرة ليست بنجسة انما هي
من الطوافين والطوافات عليكم فالكراهة لا تناكلت فان قيل حديث ابي هريرة يدل على النجاسة وهو محرم فهلا يرجح فالجواب
ان حديث ابي هريرة موقوف دون حديث عائشة فتقوى حديث عائشة بقوة حالها وقوة دلالته فعارض المحرم وحمل ما رواه ابو هريرة على بيان
الاتاد والتعليم قوله ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وهو قول الطحاوي وهو يدل على انه الى التحريم اقرب وقيل لعدم تحاميها
النجاسة لانها تتناول الجيف وهو قول الكرخي فهو يدل على ان كراهته كراهة تنزيه قيل وهو الاصح والاقرب الى موافقة الاثر
قوله ولو اكلت يعني الهرة فارة ... وقوله والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف يعني قوله الا اذا مكثت ساعة لانها تغسل
بلعابها لانهما يجوزان ازالة النجاسة بالمائعات الطاهرة ولكن الصب شرط عند ابي يوسف للتطهير في العضو وسقط هنا
للضرورة قال وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه المخلاة هي الجائلة في عذرات الناس قوله والمحبوسة على خلاف هذا
على وجهين احدهما ان تكون محبوسة في بيت نفسها والثاني ان تكون محبوسة للتسمين ويكون راسها وماكلها ومشربها خارج
البيت والاول يجول في عذرات نفسها دون الثانية وانما قيد بقوله بحيث لا يصل منقارها الى تحت قدميها اشارة الى
الوجه الثاني فانها اذا كانت كذلك وقع الامن عن مخالطة النجاسة بخلاف غيرها وقوله وكذا سؤر سباع الطير معطوف على
قوله وسؤر الدجاجة المخلاة ليكون داخلا في حكم الكراهة والقياس نجس اعتبارا بسباع الوحش ووجه الاستحسان انها
تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم فانها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها واستدل المصنف على الكراهة
بما يشبه به المخلاة وهو اكل الميتات لكان حالها وعن ابي يوسف انها اي سباع الطير اذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها
انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية قال الفقيه ابو الليث روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
انه قال ان كان هذا الطير لا يتناول الميتة مثل البازي الاهلي يجوز ذلك فلا يكره الوضوء قوله وسؤر ما يسكن
البيوت طاهر وقوله والتنبيه على العلة في الهرة قيل معناه وبقي التنبيه على العلة التي كانت في الهرة وقيل هو جواب
سؤال تقديره ما الذي دلكم على كون الطوف علة لسقوط النجاسة ووجه ذلك ان النبي عليه السلام علل لسقوط النجاسة
عن سؤر الهرة بعلة الطواف بقوله عليه السلام انها من الطوافين عليكم والطوافات دفعا للحرج وقد وجد الطوف في سواكن
البيوت ازيد منه في الهرة فان سلة البيت اذا سدت لا يمكن ان تدخل الهرة فيه وانما سواكن البيوت كالحية والفارة فانه
لا يمكن صونها من الطوف فكان تنبيها على سقوط النجاسة فيها بطريق الاولى وكان العلامة الكردري يقول الله تعالى علل لسقوط
وجوب الاستيذان بعلة الطوف في قوله تعالى ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض واستدل النبي عليه السلام
في سؤر الهرة بتعليل الله فيه على سقوط النجاسة ثم استدل ابو حنيفة بتعليله عليه السلام في سؤر الهرة على سقوط نجاسة سؤر
سواكن البيوت لعلة الطواف قوله وسؤر البغل والحمار مشكوك فيه هذه عبارة اكثر المشايخ وابو طاهر الدباس انكر
ان يكون شيء من احكام الله مشكوكا فيه وقال سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت الصلوة معه الا انه احتاط فيه فامر بالجمع
بين التيمم والمشايخ قالوا ان المراد بالشك التوقف لتعارض الادلة والشافعي جعله طاهرا وطهورا لان كل حيوان ينجس
بجلده فسؤره طهور عنده واختلف في ان الشك في طهارته او طهوريته فقيل في طهارته لتعارض الادلة والشافعي مع جعله
لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب لان اختلاط الطاهر بالماء لا يخرجه من الطهورية ما لم يغلب كما اذا اختلط ماء

الورد بالماء وقيل في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لم يجب عليه غسل راسه يعني بعد ما مسح راسه بسؤر الحمار ولو
كان الشك في طهارته لوجب واما عين الراس فلان ما من الاعضاء يطهر بصب الماء عليه قوله وكذا لبنه طاهر ولا
يؤكل وقيل هذا ليس بظاهر الرواية وانما هو فيه نجس والمذكور في الكتاب انما هو رواية عن محمد قوله وعرقه لا يمنع جواز
الصلوة وان فحش هو احدى الروايات عن ابي حنيفة وفي رواية هو نجس نجاسة خفيفة وفي رواية نجس نجاسة
غليظة والمشهور هو المذكور في الكتاب قال الله تعالى ... عرق الحمار طاهر في الروايات المشهورة فكذا قوله هو
يعني ان اللبن والعرق والسؤر يتولد كلها منه فاذا كانا طاهرين كان السؤر كذلك قوله وهو الاصح اي القول
بان الشك في طهوريته اصح وقوله نص محمد على طهارته ما روي عن محمد انه قال اربع لو غمس فيه الثوب لم ينجس وهي
سؤر الحمار والماء المستعمل ولبن الاتان وبول ما يؤكل لحمه قوله وسبب الشك تعارض الادلة اختلف المشايخ في
سبب الشك في سؤره فمنهم من قال هو تعارض الادلة في اباحته وحرمته فانه روي ان غالب بن ابجر سال رسول الله عليه السلام
قال لم يبق لي مال الا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر
الاهلية يوم خيبر قال شيخ الاسلام هذا لا يقوى لان لحمه حرام بلا شك لانه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم على
المبيح كما لو اخبر عدل بان هذا اللحم ذبيحة مجوسي والآخر انه ذبيحة مسلم فانه لا يحل اكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما من غير
شك لانه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا اشكال وفيه نظر لانه يستلزم نجاسة
لبنه وقد تقدم من قول المصنف انه طاهر والجواب بالالتزام فانه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم ومنهم من قال اختلاف الصحابة
رضي الله عنهم في طهارته فانه روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان يكره التوضي بسؤر الحمار والبغل وروي عن ابن عباس
رضي الله عنه انه قال لا باس بالتوضي به ولم يترجح احد القولين على الآخر فاوجب شكا قال شيخ الاسلام ولكن هذا لا يقوى
لان الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا يوجب الاشكال كما في الماء اذا اخبر عدل انه طاهر واخبر آخر انه نجس فان الماء
لا يصير مشكلا وان اختلفا في طهارة الماء ونجاسته وقد استوى الخبران فكذا هنا ثم قال والاصح ان دليل الشك هو
التردد في الضرورة فان الحمار يربط في الدور والافنية فكان فيه الضرورة الا انها دون ضرورة الهرة والفارة
لدخولها المضايق دون الحمار ولو لم يكن ضرورة اصلا كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا اشكال ولو كانت الضرورة كضرورتها
كان مثلها في سقوط النجاسة وحيث ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا
للتعارض ووجب المصير الى الاصل والاصل شيئان الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب لان لعابه
نجس كما بينا وليس احدهما باولى من الآخر فبقي الامر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه فكان الاشكال يكون عند علمائنا
بهذا الطريق لا لاشكال الحرمة ولا لاختلاف الصحابة في سؤره هذا حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الاسلام وفيه
وههنا نكتة لا باس بالتنبيه عليها وهي ان طهارة اللعاب ونجاسته دائرتان على طهارة اللحم ونجاسته وقد قال
المصنف اول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب ولا يخلو اما ان يكون المراد بالنجاسة النجاسة قبل الذبح او بعده
فان كان الاول لكانت الشاة مساوية للكلب في ان لحم كل واحد منهما نجس بالمجاورة وان كان الثاني فكذلك لان
لحم كل واحد منهما طاهر بعد الذبح وذلك يقتضي شمول الطهارة او النجاسة وحقها ان المراد باللحم الطاهر
المتولد منه اللعاب ما يحل اكله بعد الذبح وبالنجس ما يقابله وطهارة سؤر البغل والحمار في رواية والحق البغل
وهذا لانها اشتركا في النجاسة المجاورة بالدم المسفوح قبل الذبح فان الشاة لا تؤكل اذا ماتت حتف انفها واشتركا
في الطهارة بعد زوال النجس وهو الدم فلا فرق بينهما الا ان الشاة تؤكل بعد الذبح دون الكلب وقد دل الدليل

المحرم يترجح

على طهارة سور الشاة دون الكلب ولا فرق بينهما ايضا في الظاهر الا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم فعلم من هذا ان اللعاب المتولد من لحم ماكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره واضافة الحكم الى الفارق بيانه لحكم الشرع عن المناقضة هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب وقوله وعن ابي حنيفة انه اي سور الحمار والبغل نجس قوله ترجيحا للحرمة والنجاسة يجوز ان يكون الحرمة متعلقة بتعارض الادلة والنجاسة متعلقة باختلاف الصحابة ويجوز ان يكون معناه ترجيحا للحرمة لان المحرم مرجح والنجاسة لانه اذا ترجح النجاسة ايضا لا اجتماع الطهارة مع الحرمة فاستشكل بما اذا اخبر عدل بحل طعام واخر بحرمته فانه يرجح خبر الحل وبما اذا اخبر عدل بطهارة الماء واخر بنجاسته ترجح الطهارة واجيب بان تعارض الخبرين في الطعام يوجب التهاتر والعمل بالاصل وهو الحل ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه تكذيب المخبر بالحل من غير دليل فاما اذا دل الشرع في حل الطعام وحرمته فوجب الترجيح بدليل وهو تغليب الحرمة الذي هو خلاف الاصل على ما عرف في الاصول والعمل بالاحتياط واجب عند عدم المانع وكذا تعارض الخبرين في الماء يوجب التهاتر والعمل بالاصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة به والاصل عدمه فبقي الماء على اصله وهي الطهارة فاما هاهنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين وقد ترجح جهة الحرمة فيه باتفاق الروايات عن اصحابنا وهي مبنية على النجاسة على ما فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل وقوله والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته قوله فان لم يجد غيرهما وقوله ولنا ان المطهر احدهما يعني ان المطهر هو الواقع اما السؤر او التراب فان كان الاول فلا فائدة في استعمال الثاني تقدم او تأخر وان كان الثاني فلا يضر التقدم والتأخر فوجب الضم دون الترتيب والضمير في قوله فيجمع راجع الى قوله يتوضأ بها ويتيمم قوله يجمع قوله وسور الفرس طاهر عندهما لانه طاهر وقوله في الصحيح اي من الروايات الباقية فانه ذكر في المحيط في سور الفرس عن ابي حنيفة اربع روايات قال في رواية احب الي ان يتوضأ بغيره وهو رواية البلخي عنه وفي رواية الحسن عنه انه مكروه كلحمه وفي رواية هو مشكوك كسور الحمار وفي رواية كتاب الصلوة هو طاهر وهو الصحيح قال فان لم يجد الا نبيذ التمر انما ذكره في فصل الاسآر لانه شبها خاصا بسور البغل والحمار على قول محمد فانه يقول بضم التيمم الى الوضوء به احتياطا كما سنذكره والكلام في ثلثة مواضع في وقت الجواز وفي جواز الوضوء به وفي نفسه فاما الاول فهو الوقت الذي يجوز فيه التيمم واليه اشار بقوله فان لم يجد الا نبيذ التمر يعني اذا عدم الماء المطلق واما الثاني فقد اختلف فيه وقد روي عن ابي حنيفة ثلث روايات ذكر في الجامع الصغير والزيادات انه يتوضأ به ولا يتيمم وذكر في كتاب الصلوة انه ان توضأ به وتيمم احب الي قال شيخ الاسلام فيه اشارة الى انه لو توضأ به ولم يتيمم جاز ولو عكس لم يجز والجمع بينهما مستحب والثالث هي ما روى نوح بن ابي مريم والحسن بن زياد انه يتيمم ولا يتوضأ به وبه اخذ ابو يوسف اما وجه الرواية الاولى فما ذكر في الكتاب من قوله حديث ليلة الجن وهو ما روى ابو رافع وابن المعتمر عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معي من لم يكن في قلبه مثقال ذرة من كبر فقام ابن مسعود رضي الله عنه فحمله رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نفسه فقال عبد الله بن مسعود خرجنا من مكة وخط رسول الله صلى الله عليه وسلم خطا وقال لا تخرج عن هذا الخط فانك ان خرجت عنه لم تلقني الى يوم القيامة ثم ذهب يدعو الجن الى الايمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر فعاد الي فقال هل معك ماء اتوضأ به فقلت لا الا نبيذ التمر في اداوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرة طيبة وماء طهور واخذه فتوضأ به وصلى الفجر ووجه قول ابي يوسف به وهو قول الشافعي العمل باية التيمم فانها نقل التطهير عند عدم الماء المطلق الى التراب ونبيذ التمر ليس بماء من وجه فيكون الحديث مردودا بها لكونها اقوى من الحديث او هو اي الحديث منسوخ

وهو رواية عن ابي حنيفة وبه قال الشافعي عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة

اي اية التيمم اجيب بان ذلك جواب ابي يوسف خاصة والمشترك بينهما هو قوله عملا باية التيمم فقال محمد لا يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا لان مداره على ابي زيد مولى عمرو بن الحريث روى عنه ابو فزارة وكان نباذا وروى هذا الحديث ليهون على الناس امر النبيذ وابو زيد كان مجهولا عند النقلة ولانه روي عن علقمة عن عبيدة بن عبد الله بن مسعود انه قيل له هل كان ابوك مع النبي عليه السلام ليلة الجن فقال لا لوددت ان لو كان ابي صاحبه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان مع النبي صلى الله عليه وسلم لكان فخرا عظيما ومنقبة له ولعقبه بعده فانكر كون ابيه مع النبي عليه السلام ولو كان لما خفي على ابنه وفي التاريخ جهالة فانهم اختلفوا في انتساخ هذا الحديث لجهالة التاريخ فقال بعضهم ذلك بآية التيمم نزلت في شان الاسفار والنبيذ يستعمل في العادات فيما قرب من الامصار فيجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة يعني انها تكررت قال في التيسير ان الجن اتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعتين فيجوز ان يكون النوبة الثانية في المدينة بعد اية التيمم فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور ثبت بطرق مختلفة وعملت به الصحابة فانه روى عن الحارث انه قال الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء وروى عنه من طريق مختلفة انه كان لا يرى باسا بالوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروى عكرمة عن ابن عباس انه قال توضأ بنبيذ التمر ولا تتوضأ باللبن وروى عنه من طرق مختلفة انه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروي عن عبد الله بن مسعود انه كان يجوز التوضي بنبيذ التمر حال عدم الماء ومن كبار ائمة الفتوى فيكون قولهم معمولا به او بمثل هذا الحديث المشهور يزاد على الكتاب قال ابو حنيفة ان اشبه كون عبد الله مع رسول الله عليه السلام ليلة الجن قلنا في الباب ما يكفي للاعتماد عليه وهو روايته هذه الكبار من الصحابة رضي الله عنهم قوله واما الاغتسال به اي بنبيذ التمر على قول ابي حنيفة فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضي وهو وجود الحدث وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه لان الاثر جاء في الوضوء خاصة والغسل فوقه فلا يلحق به وقوله والنبيذ المختلف فيه بيان للموضع الثالث ذكر محمد في النوادر وهو ان يلقى في الماء تميرات حتى صار الماء حلوا رقيقا ولا يكون مشتدا ومسكرا وما اشتد منها وصار مرا لا يجوز الوضوء به بالاجماع لانه صار مسكرا حراما وان غيرته النار فما دام حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء فهو على الاختلاف وان اشتد جاز التوضؤ به عند ابي حنيفة لحل شربه عنده ولم يجز عند محمد لحرمته عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة كنبيذ الزبيب والتين وغير ذلك لان نبيذ التمر خص بالاثر على خلاف القياس فبقي الباقي على موجب القياس ولانه علل بعلة قاصرة وهي كونها تمرة طيبة علل باسم وصفة وهو لا يوجد في غيره اعلم ان العدد روى ذكر في شرح عن اصحابنا ان التوضي بنبيذ التمر لا يجوز الا بالنية كالتيمم لانه بدل عن الماء حتى لا يجوز التوضي به حال وجود الماء ولو توضأ بالنبيذ ثم وجد ماء مطلقا ينتقض وضوؤه كما ينتقض التيمم بوجود الماء

باب التيمم

قال لما فرغ من ذكر الطهارة بالماء شرع في التيمم لما ان حق الخلف ان يعقب الاصل او نقول ابتدأ بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم تأسيا بكتاب الله فان قيل كيف ترك التأسي بكتاب الله في تقديم المسافر وخارج المصر على المريض مع انه تعالى قدم المريض على المسافر في قوله تعالى وان كنتم مرضى او على سفر اجيب بان التيمم مرتب على عدم الماء وهو فيها حقيقي وفي المريض حكمي والتيمم في اللغة القصد وفي الشريعة هو القصد الى الصعيد للتطهير فالاسم الشرعي فيه المعنى اللغوي وثبوته بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وكان نزولها في غزوة المريسيع حين عرس رسول الله عليه السلام ليلة فسقط من عائشة قلادة لاسماء فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونها فاصبحوا وليس معهم ماء فاغلظ ابو بكر

على عائشة رضي الله عنها وقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين على غير ماء فنزلت فلما صلوا بالتيمم جاء اسيد
ابن الحضير الى مضرب عائشة فجعل يقول ما اكثر بركتكم يا آل ابي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك امر تكرهينه
الا جعل الله فيه للمسلمين فرجا واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جعلت لي الارض مسجدا وطهورا
اينما ادركتني الصلوة تيممت وصليت وقوله عليه السلام التيمم طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والمراد ما
يكفي لرفع الحدث الذي به لان ما دونه يستوي وجوده وعدمه اذ لا يثبت به استباحة الصلاة فكان كالمعدوم
لا يقال الماء في قوله تعالى فلم تجدوا ماء نكرة في سياق النفي يتناول ما يسمى به قليلا او كثيرا وذلك يقتضي ان لا يجوز
التيمم الا بعد استعمال ما معه من الماء وان كان لا يكفي للوضوء كما في ازالة النجاسة الحقيقية كما هو مذهب الشافعي
لانا نقول المراد به ما يحل الصلوة الا يرى ان وجود الماء النجس لا يمنعه وان تناوله النكرة المذكورة والحل موقوف
على ما يكفي بالاتفاق قوله او خارج المصر منصوب لكونه حالا معطوفا على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى لا تقربوا
الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا ويجوز ان يكون مفعولا فيه وهو رد لقول من يقول لا يجوز
التيمم الا للمسافر ومعناه ويجوز التيمم لمن هو خارج المصر وان لم يكن مسافرا اذا كان بينه وبين المصر وفي
بعض النسخ بين الماء وهو نحو الميل او اكثر وفيه اشارة الى نفي جواز التيمم في الامصار الا المواضع المستثناة
على ما سيأتي وذكر في الاسرار لو عدم الماء في الامصار جاز فيها ايضا لان الشرط عدمه فاينما تحقق بعدم
المقتضي جاز وعلى هذا يكون قوله او خارج المصر اتفاقيا بحسب العادة لما ان عدم الماء في الامصار نادر وبعادة
قيل قوله او اكثر مستغنى عنه وهو ظاهر واجيب بانه تأكيد لان معنى التأكيد هو ان يستفاد من الاول فههنا
كذلك ورد بان تخلل العاطف يأباه وقيل ذكر نفيا لرواية الحسن عن ابي حنيفة ان الماء ان كان قدامه فالميلان
ميلان وان لم يكن فميل وغيرها من الروايات على ما نذكره وهو غير حسن وقيل مقدار البعد انما يعلم حزرا وظنا فاذا
كان تقدير الماء من حيث هو فيه ميل او اكثر تيمم وان كان ظنه انه ميل او اقل لم يتيمم حتى اذا تحقق انه ميل
يجوز وفيه نظر لانه بنى كلامه على انه يعلم حزرا وظنا فمن اين تحقق ذلك والمراد من عدم الوجدان عدم القدرة
على استعمال الماء قوله الى عشر حجج للكثرة لا للغاية لجواز التيمم في اكثر من ذلك ايضا اذا لم يجد الماء وقوله
والميل هو المختار في المقدار احترازا عن غيره من الاقوال فانه روي عن محمد انه يجوز التيمم اذا كان الماء على قدر ميلين
وعن الكرخي ان كان في موضع يسمع صوت اهل الماء فهو قريب والا فهو بعيد وبه اخذ اكثر المشايخ وقد ذكرنا
آنفا رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عن زفر ان كان بحيث يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يجزيه التيمم والا
فيجزيه وان قرب الماء منه والميل ثلث فرسخ والفرسخ اثنا عشر الف خطوة وعن ابن شجاع الميل ثلثة آلاف ذراع
وخمسمائة ذراع الى اربعة آلاف ذراع وجه المختار انه يلحقه الحرج بدخول المصر وبالوصول الى الماء في هذا المقدار
من المسافة والحرج مدفوع قوله والماء معدوم حقيقة يجوز ان يكون تلويحا الى جواب ان النص مطلق عن ذكر المسافة
فتقييده بالميل تقييد لمطلق الكتاب بالرأي وهو لا يجوز وتقريره ان المنصوص عليه كون الماء معدوما وههنا
معدوم حقيقة لكن يعلم بيقين ان عدمه مع القدرة عليه بلا حرج غير مجوز للتيمم والا لجاز لمن سكن شاطئ البحر
وقد علم الماء من بينه فجعلنا الحد الفاصل بين البعد والقرب لحوق الحرج لان الطاقة بحسب الطاقة قال الله تعالى
وما جعل عليكم في الدين من حرج وقوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوت احترازا عما ذكرنا من قول زفر انه
قال التيمم شرع لضرورة الحاجة الى اداء الصلوة في الوقت وقد تحقق فيما نحن فيه وقلنا التفريط جاء من قبله [illegible]

الصلوة فليس له ان يتيمم اذا كان الماء قريبا منه قوله يتيمم لما تلونا يعني قوله تعالى وان كنتم مرضى قوله ولان
الضرر في زيادة المرض اي لان ضرر الماء [illegible] وقاية للنفس فكان مبيحا فلما كان الحرج مدفوعا عن الوقاية
التي هي مبيح فلان يكون مدفوعا من الموت الذي هو اصل اولى قوله ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحريك كالمبطون
او بالاستعمال كالجدري والحصبة وقوله واعتبرت في خوف التلف اي تلف نفس او عضو وهو اي عبارات [illegible]
بظاهر النص لان قوله تعالى وان كنتم مرضى باطلاقه يبيح التيمم لكل مريض الا انه خرج من لا يشتد مرضه [illegible]
تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج فان الحرج انما يلحق من يشتد مرضه فيبقى الباقي على ظاهرها فان قيل لا نسلم
اطلاق النص لتقييده بالعدم اجيب بان العدم شرط في حق المسافر دون المريض قوله ولو خاف الجنب
ولم يذكر المحدث اذا خاف الهلاك من الوضوء في المصر وقال في الاسرار هما سواء وذكر في المحيط اختلاف الرواية فيه يجوزه
شيخ الاسلام ولم يجوزه الامام الحلواني قال والتيمم ضربتان اشارة الى ان نفس الضرب داخل في التيمم
حتى من ضرب يديه على الارض للتيمم واحدث قبل ان يمسح بهما وجهه وذراعيه ثم مسحهما بهما لم يجز لانه احدث بعد البعض
التيمم فكان كمن احدث في خلال الوضوء وقد ذكر الامام الاسبيجابي جوازه كمن ملأ كفيه ماء للوضوء ثم احدث
ثم استعمله واختار لفظ الضرب وان جاز الوضع ايضا للمبالغة في ايصال التراب الى اثناء الاصابع وقوله
وبالاخرى يديه الى المرفقين نفي لقول الزهري فانه يمسح الى الآباط وهو رواية عن مالك ولرواية الحسن عن ابي
حنيفة انه الى الرسغ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنه قوله وينفض النفض تحريك الشيء ليسقط ما عليه
من غبار وغيره وقوله بقدر ما يتناثر التراب اشارة الى انه لا يقدر بمرة كما روي عن محمد بل ان احتاج الى الثاني
فعل ولا بمرتين كما روي عن ابي يوسف بل ان تناثر بمرة لا يحتاج الى الثاني لان المقصود هو ان لا يصير مثلة
وهو يحصل بالنفض سواء كان مرة او مرتين والمثلة ما يتمثل به في تبديل خلقته وتغييره هيئته سواء كان بقطع عضو
او تسويد وجه وتغييره وقد حكى ابن عمر وجابر رضي الله عنهما تيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكيفيته ان يضرب
يديه على الارض ثم ينفضهما حتى يتناثر التراب فيمسح وجهه بهما ثم يضرب اخرى فينفضهما ويمسح بباطن اربع
اصابع يده اليسرى على ظاهر ابهام يده اليمنى من رؤس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بباطن كفه اليمنى الى الرسغ ويمر باطن
ابهام يده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك قوله ولا بد من الاستيعاب يعني ان الاستيعاب شرط في التيمم
يعني ان الاستيعاب شرط في التيمم حتى اذا ترك شيئا لم يجز كما في الوضوء وقوله في ظاهر الرواية احترازا عن رواية
الحسن عن ابي حنيفة قال الاكثر يقوم مقام الكل لانه في الممسوحات الاستيعاب ليس بشرط كما في مسح الخف والرأس
وجه الظاهر ان التيمم قائم مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والاستيعاب في
الوضوء شرط فكذا فيما قام مقامه ولولا الخلفة لكان المسح الى المناكب واجبا عملا بالمقتضي وهو ذكر الايدي
في الكتاب والسنة ولا يلزم آية السرقة لان النبي عليه السلام بين محل القطع وهو الرسغ بالقول والفعل بخلاف ما
نحن فيه فان قيل قد دل الدليل على ان حقيقة اليد ليست بمرادة ودل الباء اذا دخل المحل تعدى الفعل الى الآلة
فلا يقتضي استيعاب المحل اجيب بان الباء صلة كما في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة فلا تقتضي تبعيض المحل
وقد بحث ذكرناه في التقرير والانوار قوله والحدث والجنابة فيه سواء اي في التيمم من حيث الجواز والكيفية والآلة سواء
وهو قول اصحابنا وعامة العلماء وهو المروي عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وقال بعض الناس لا يتيمم الجنب
والحائض والنفساء وهو المروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر ومنشأ الاختلاف فيما بينهم ان قوله تعالى او لامستم النساء

محمول على المرض والبعد او على الجماع فذهبا الاول الى الثاني والآخر الى الاول قالوا القياس ان لا يكون التيمم طهورا وانما اباح
الله تعالى للمحدث فلا يباح للجنب لانه ليس بمعقول المعنى حتى يصح القياس وليست في معناه ليلحق به بل هو فوقه وقال الاولون
الملامسة اريد بها الجماع مجازا بسياق الآية فان الله تعالى بين حكم الحدث والجنابة في آية الوضوء ثم نقل الحكم الى
التراب حال عدم الماء وذكر للحدث الاصغر بقوله او جاء احد منكم من الغائط فيحمل لامستم على الحدث الاكبر ليصير الطهارتان
والحدثان مذكورين في آية البدل كما ذكر في آية الوضوء وكذا لا يلزم التكرار لان الاصغر مذكور في قوله تعالى او جاء احد
منكم من الغائط في حق التيمم فحمل لامستم عليه تكرار ولئن سلمنا ان الله تعالى شرع التيمم للمحدث فرسول الله شرعه للجنب ايضا
لما روي ان قوما جاؤوا الى رسول الله عليه السلام وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا وشهرين وفينا الجنب
والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم وفي الاحاديث الدالة على ذلك كثرة حديث البخاري في صحيحه باسناده
الى عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل في القوم فقال يا فلان ما منعك ان
تصلي في القوم فقال يا رسول الله اصابتني جنابة ولا ماء قال عليك بالصعيد فانه يكفيك قوله ويجوز التيمم
عند ابي حنيفة ومحمد بيان لما يجوز به التيمم قوله بكل ما كان من جنس الارض قيل كل ما يحترق بالنار فيصير رمادا
كالشجر او ينطبع ويلين كالحديد ليس من جنس الارض وههنا لطيفة وهي ان الله تعالى خلق درة فنظر اليها فصارت
ماء ثم تكاثف منه وصار ترابا وتلطف منه وصار هواء وتلطف منه وصار نارا فكان الماء اصلا ذكره المفسر
وهو منقول عن التوراة فاذا تعذر الطهارة بالاصل انتقل الى الشيء الذي هو اقرب مقامه والنبات كالشجر ونحوه والمعدن
كالحديد وشبهه ليس يتبع للماء وحده حتى يقوم مقامه فالتراب كذلك وانما هو مركب من العناصر الاربعة فليس
له اختصاص بشيء منها حتى يقوم مقامه وقال ابو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل ثم رجع عنه الى انه لا يجوز
الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا هكذا فسره ابن عباس رضي
وهكذا فسره ... عليه غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل في قوله الاول بما روينا من قوله عليكم بارضكم ولنا ان الصعيد
اسم لوجه الارض كذا روي عن الخليل وذكر صاحب الكشاف عن الزجاج ان الصعيد اسم لوجه الارض وقال الزجاج
في معاني القرآن لا اعلم بين اهل اللغة اختلافا في ان الصعيد اسم لوجه الارض وفي الصحاح عن ثعلب ان الصعيد
وجه الارض قال المص سمي لصعوده وهو اشارة الى انه فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك فتقييده بالتراب المنبت
تقييد للمطلق بلا دليل والطيب يحتمل الطاهر كما في قوله تعالى حلالا طيبا فيحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة الا
ترى انه لو كان التراب المنبت نجسا لم يجز التيمم به اجماعا فعلم ان الانبات ليس له اثر في هذا الباب ومما يدل على
ذلك قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم قوله او هو مراد بالاجماع دليل آخر وتقريره ان الطيب مشترك بين الطاهر
والمنبت والطاهر مراد بالاجماع كما مر آنفا فلا يكون المنبت مرادا لان المشترك لا عموم له ثم لا يشترط ان يكون
على الصعيد غبار يلتزق باليد فيجوز التيمم بالكحل والآجر والمرداسنج والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد
والزبرجد وان كانت ملساء لا غبار عليها عند ابي حنيفة ومحمد في احدى الروايتين عنه لاطلاق ما تلونا من قوله تعالى
فتيمموا صعيدا طيبا وفي رواية اخرى عنه وهو قول ابي يوسف والشافعي واحمد لا يجوز بدونه لقوله تعالى وامسحوا
بوجوهكم وايديكم منه اي من التراب وهو كما ترى يوجب المسح بشيء من الارض لكون كلمة من للتبعيض والجواب ان الضمير يحتمل
ان يعود الى الحدث او يحمل من على ابتداء الغاية وكذلك يجوز بالغبار بان نفض ثوبا او لبدا مع القدرة على الصعيد عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وابي يوسف لم يجوز مع القدرة على الصعيد فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه واما

عند العجز عنه فيجوز كالايماء عند العجز عن الركوع والسجود وتعليلها قوله لانه تراب رقيق فان من نفض ثوبه يتأذى بما عليه من التراب وكما يجوز التيمم بالخشن منه فكذا بالرقيق والشرط في التيمم بالغبار المسح بيده لا مجرد اصابة الغبار مع النية فلو اصاب وجهه وذراعيه غبار فنوى التيمم ولكنه لم يمسح به وجهه وذراعيه لم يكن متيمما والنية فرض في التيمم خلافا لزفر هو يقول التيمم خلف عن الوضوء وهو ظاهر لان الخلف هو الذي لا يجوز الاتيان به الا عند عدم وجد في الاصل وما نحن فيه كذلك لا محالة والخلف لا يخالف الاصل في وصفه الذي هو الصحة فان الوضوء بغير النية صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفا للاصل في وصفه وهو يجوز لخروجه عن الخلفية اذ ذاك ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه وقد تقدم البحث فيه وقد قيل ايضا في توجيه التيمم ينبئ على القصد والقصد هو النية وامرنا بالتيمم والامر للوجوب فيشترط النية بخلاف الوضوء فان الامر فيه ورد بالغسل والمسح ولا دلالة لهما على النية وفيه نظر لان القصد المامور به هو قصد استعمال التراب وتفسير النية في التيمم ان ينوي الطهارة او رفع الحدث او الجنابة او استباحة الصلوة وهذا غير ذلك لا محالة فلا يلزم من كون احدهما مامورا به ان يكون الآخر شرطا قوله او جعل طهورا دليل آخر وتقريره جعل التراب طهورا بشرطين بشرط عدم الماء وبشرط ان يكون التيمم للصلوة لان قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا بناء على قوله اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم والمراد به فاغسلوا للصلوة فكذا قوله فتيمموا للصلوة وكما لا يفيد الطهارة حال وجود الماء فكذا لا يفيدها حال عدم النية قوله والماء طهور بنفسه جواب سؤال تقريره ان الماء ايضا في الآية جعل طهورا في حالة مخصوصة كما ذكرتم فكان الواجب ان يكون النية شرطا فيه وتقريره ان الماء طهور بنفسه اي عامل بطبعه كما مر فلا يحتاج الى النية كما في ازالة النجاسة العينية قوله ثم اذا نوى الطهارة ظاهر قوله هو الصحيح من المذهب احترازا عما قاله ابو بكر الرازي فانه كان يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث او الجنابة لان التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز احدهما عن الآخر الا بالنية كصلوة الفرض من النفل ووجه ما في الكتاب ان التيمم طهارة فلا يلزم نية اسبابها كما في الوضوء وقوله فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة اما انه قربة فلان الاسلام اعظم القرب واما انها مقصودة فلان المراد بها هيهنا ما لا يكون في ضمن شيء آخر كالشرط وان كان كذلك صح تيمم كالمسلم تيمم للصلوة بخلاف اذا تيمم المسلم لدخول المسجد ومس المصحف فانه لا يكون متيمما لان كل واحد منهما ليس بقربة مقصودة لحصوله في ضمن شيء آخر ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام ليس كذلك لانه يصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة على التفسير الذي ذكرنا ولا تصح بدون الطهارة وقال في النهاية في هذا اللفظ اشكال وهو ان الكافر لو نوى قربة بالتيمم لا تتم تلك القربة بغير الطهارة كان متيمما وليس الامر كذلك فان الكافر اذا تيمم للصلوة ثم اسلم لا يجوز الصلوة بذلك التيمم نص على هذا شيخ الاسلام في مبسوطه بل المعول في التعليل ان الكافر ليس باهل للنية والتيمم لا يصح بدون النية فلذلك لا يصح منه التيمم وعن هذا فرق ابو يوسف بين نية الاسلام وبين نية الصلوة فقال يكون متيمما في الاول دون الثاني فقال ان الاسلام يصح منه فيصح نية التيمم منه للاسلام بخلاف التيمم بنية الصلوة لان الصلوة قربة لا تصح من الكافر فلا تصح نية الصلوة فيجعل وجود هذه النية وعدمها بمنزلة فيبقى التيمم من غير نية فلا يصح وان توضأ النصراني لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ عندنا لان النية ليست بشرط عندنا فعدم اهلية لا يضر وقال الشافعي ليس بمتوضئ لان النية شرط وهو ليس من اهلها قوله بناء على اشتراط النية دليل ان في تيممه وضوئه منه دليلنا

فانه تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر يبطل تيممه لان الكفر ينافي التيمم ابتداء فكذا بقاء كالمحرمية في النكاح بان كانا رضيعين وقد زوج كل واحد منهما بالآخر ابواهما ثم ارضعتهما امرأة فانه يرتفع النكاح واعترض بان الكفر ينافي التيمم باعتبار كونه عبادة انما هو بالنية وليست بشرط عند زفر فيكون اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء واجيب بانه روي عن زفر رواية اخرى اشترط فيها النية للتيمم وقيل المنافاة بينهما باعتبار عدم الاهلية لانه شرع للصلوة والكافر ليس باهل لها فكان فعله كفعل البهيمة فيكون تيممه باطلا نوى او لم ينو ويستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا ومعناه ان التيمم عدم كما وجد لكونه فعلا فبعد الكفر لا التيمم موجودا حتى يبطل بوجود ما ينافيه بل الباقي صفة كونه طاهرا والكفر لا ينافيه فاعترض عليه كالاعتراض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه وليس البقاء كذلك كوجودها فان قيل الردة تحبط العمل لقوله ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله ووضوءه وتيممه من عمله فكيف يبقيان بعد الردة اجيب بان الردة تحبط ثواب العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ رياء فان الحدث يزول به وان كان لا يثاب على وضوءه. **قال** وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء وقد تقدم ان التيمم خلف عن الوضوء ولا شك ان الاصل اقوى من الفرع فما كان ناقضا للاقوى كان ناقضا للاضعف بطريق الاولى فكل ما نقض الوضوء نقض التيمم وينقضه ايضا رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال واسناد النقض الى رؤية الماء اسناد مجازي لان رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال شرط لعمل الحدث السابق عمله عندنا والناقض حقيقة هو الحدث السابق بخروج النجس قوله لان القدرة هي المرادة بما ذكرنا من قبل **وقوله** هو غاية لطهورية التراب معناه غاية من حيث المعنى اذ ليس في لفظ الكتاب العزيز ما يدل على ذلك والمذكور في الحديث قوله عليه السلام ما لم يجد الماء كلمة ما للمدة اي ما دام انه غير واجد للماء ولكن معناهما ينتفيان في ان الحكم بعد ذلك الوقت يخالف ما قبله فسمي باسم الغاية قيل لا يلزم من انتهاء طهورية التراب انتهاء الطهارة الحاصلة به كالماء فانه يصير نجسا بالاستعمال وينتهي طهوريته ويبقى الطهارة الحاصلة به واجيب بان الطهارة الحاصلة به صفة راجعة الى المحل وكل ما هو كذلك فالابتداء والبقاء فيه سواء وخائف العدو سواء كان خائفا على نفسه او على ماله كذا في شرح الطحاوي والسبع والعطش عاجز حكما لا يحيا النفس ويجب صيانة الطهارة بالماء فان لها بدلا ولا بدل للنفس والنائم يعني من لم يكن مضطجعا ولا مستندا في المحمل فانه اذا كان كذلك ينتقض تيممه بالنوم فلا يتأتى في هذه المسألة قادر تقديرا اي حكما عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض به تيممه لانه عاجز عن الاستعمال لعذر جاء من قبله فلا يكون معذورا وقيل ينبغي ان لا ينتقض عند الكل وقال التمرتاشي وفي زيادات الحلواني في انتقاض تيمم النائم المار بالماء روايتان من غير ذكر خلاف قوله والمراد بالماء يعني الوضوء يعني الماء الذي يمر عليه النائم وقد ذكرنا من قبل **وقوله** لان الطيب يعني قوله تعالى صعيدا طيبا اريد به الطاهر بالاجماع كما تقدم قوله ويستحب لعادم الماء ظاهر قيل هذه المسألة تدل على ان الصلوة في اول الوقت افضل عندنا ايضا الا اذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة والصلوة باكمل الطهارتين ورد بان هذا ليس مذهبا لاصحابنا الا ترى الى ما صرح به صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الاسفار بالفجر والابراد بالظهر في الصيف وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس وتقديم المغرب وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل على ما سيأتي **وقوله** لعادم الماء ليس احترازا عن غير عادمه بل هو احتراز عن قول الشافعي فان عنده ان عادم الماء وان رجا ان يجده في آخر الوقت يقدم الصلوة وكذا قوله كالطامع في الجماعة ليس احترازا عن غير الطامع

وهو الزام على الشافعي لان مذهبه ان التأخير مستحب اذا كان طامعا في الجماعة ونظيره قول الاصحاب في موجبات الغسل والتقاء الختانين من غير انزال فانه ليس احترازا عن الانزال لعدم الفرق بين الانزال وعدمه في الموجبية للاتحاد وانما هو احتراز عن قول الانصار وقوله في غير رواية الاصول بروايتنا الاصول رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات قوله لان غالب الرأي كالمتحقق الا ترى ان الله تعالى سمى غالب الرأي علما قال فان علمتموهن مؤمنات الآية ووجب العمل بخبر الواحد والقياس لذلك قال الشيخ عبد العزيز هذا التعليل مشكل لانه يقتضي ان يجب التأخير عند التحقق في آخر الوقت مع بعد المسافات في الروايات الظاهرة ليبيح منفيا عليه وليس كذلك فانه في اول الباب ان من كان خارج المصر يجوز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل او اكثر وفي الخلاصة وعامة النسخ المسافر اذا كان على تيقن من وجود الماء في آخر الوقت او غالب ظنه ذلك جاز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل فان كان اقل لا يجوز وان خاف فوت الصلوة فلو حمل هذا يعني التعليل على ان المراد ان التيمم لا يجوز في المتحقق في غير رواية الاصول فالحق به غالب الظن في هذه الرواية لم يستقم ايضا لانه علل وجه ظاهر الرواية بان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله وذلك يقتضي ان حكم العجز وهو جواز التيمم يزول عند التيقن بوجود الماء في ظاهر الرواية وليس كذلك على ما بيناه ولو حمل على ان هذا فيما اذا كان بينه وبين ذلك الموضع اقل من ميل لم يستقم ايضا لانه لا فرق في تعليل ظاهر الرواية بين غلبة الظن واليقين فيما اذا كانت المسافة اقل من ميل في عدم جواز التيمم ولا فرق بينهما فيما اذا كانت المسافة اكثر من ميل في جواز التيمم وقد صرح في آخر هذا الباب انه اذا غلب على ظنه ان بقربه ماء لا يجزيه التيمم كما لو تيقن بذلك فعلم انه مشكل بقي وجه آخر وهو انه يحمل هذا على ما اذا لم يعلم ان المسافة قريبة او بعيدة فلو ثبت انه يتيقن بوجود الماء في آخر الوقت فقد امن من الفوات والمانع بعد المسافة للتشكك فيه لم يثبت جواز التيمم فيجب التأخير اما لو غلب على ظنه ذلك فكذلك عندهما في غير رواية الاصول لان الغالب كالمتحقق وفي ظاهر الرواية لا يجب التأخير لان العجز ثابت لعدم الماء حقيقة وحكم هذا العجز وهو جواز التيمم لا يزول الا بيقين مثله وهو التيقن بوجود الماء في آخر الوقت ولم يوجد فلا يجب التأخير هذا الوجه لا يخلو عن تمحل ويلزم عليه انه فرق ههنا بين غلبة الظن واليقين في ظاهر الرواية ولم يفرق بينهما فيما اذا غلب على ظنه ان بقربه ماء في عدم جواز التيمم ولا فيما اذا كانت المسافة بعيدة في جواز التيمم كما بينا فكان الوجه لا يخلو عن بقاء الاشكال ويصلي بتيممه اي بالتيمم الواحد ما شاء من الفرائض والنوافل في وقت واحد واوقات متعددة ما لم يجد الماء او يحدث وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية اذ التراب ملوث في نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند رؤية الماء فلم يرتفع الحدث اذ لو ارتفع الحدث لم يعد الا بحدث جديد ولكن ابيحت الصلوة فاذا ادى الفرض فقد انتفت الضرورة ولا تعود الا بمجيء وقت آخر وهي في حق النوافل دائمة لدوام شرعيتها فيبقى بالنسبة اليها ولنا انه اي التراب طهور بشرط عدم الماء بالنص وكل ما هو طهور بشرط يعمل عمله ما بقي شرطه كالماء فانه طهور بشرط كونه طاهرا ويعمل عمله ما دام شرطه موجودا فان قلت هذه العبارة تقتضي ان يكون وجود الشرط مستلزما لوجود المشروط وليس كذلك لا محالة فالجواب ان الشرط اذا كان مساويا للمشروط استلزمه وههنا كذلك فان كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر لا محالة فجاز ان يستلزمه **قال** ويجوز التيمم للصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره الاصل ههنا ان كل ما يفوت لا الى بدل جاز اداؤه بالتيمم مع وجود الماء وصلوة الجنازة عندنا كذلك لانها لا تعاد عندنا وكذلك صلوة العيد تفوت لا الى بدل جاز اداؤه بالتيمم **قال** للصحيح احترازا عن المريض فانه يجوز له التيمم

الصعيد وغيره ولنا انه ان كان او غيره خاف الفوت او لم يخف قوله في المصر احتراز عن الفازة لان التيمم فيها جائز ولنا

كان او غيره لعدم الماء فيها غالبا قوله اذا حضرت جنازة لان الوجوب انما هو بحضورها قوله والولي غيره

لان المتيمم اذا كان وليا لا يجوز له التيمم لانه لا يخاف الفوت لان له حق الاعادة قوله يخاف ان يفوته الصلوة

لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم قوله وهو اي عدم جواز التيمم للولي رواية الحسن عن ابي حنيفة

قوله هو الصحيح احتراز عن ظاهر الرواية فان الجواب فيه جواز التيمم للولي لما روي ان ابن عباس رضي الله عنه

قال اذا فجأتك جنازة وانت على غير وضوء فتيمم وصل عليها ولم يفصل بين الولي وغيره وروي عن ابن عمر

في صلوة العيد مثله فان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد وكان شروعه بالوضوء تيمم وبنى عند ابي

حنيفة رح وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام وذلك في حكم الصلوة بالجماعة فلا يخاف

ولابي حنيفة رح ان الخوف باق لانه يوم ازدحام فلا يؤمن من اعتراض عارض يفسد بمثل ان يسلم عليه احد فيرد

السلام او يهنئه بالعيد فيجيبه او ما اشبه ذلك فيفسد عليه صلوته وهي لا تقضى لاختصاص شرعها بالجماعة وكان

خوف الفوت باقيا وان كان شروعه بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا عليه الوضوء كان واجدا

الماء في صلوته فيفسد صلوته كمتيمم وجد الماء في خلال صلوته فانه يستأنف الصلوة قيل هذا اختيار بعض

المتأخرين منهم من قال يتوضأ ويبني لقدرته على الماء والاداء لما مر ان اللاحق يصلي الى آخره وفرق بين

هذا وبين متيمم يجد الماء في خلال الصلوة بان التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد الى ابتداء وجود الحدث

عند اصابة الماء لانه يصير محدثا بالحدث السابق اذ الاصابة ليست بحدث وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند

اصابة الماء بصفة الاستناد بل بالحدث الطارئ على المتيمم ولا يتيمم وان خاف الفوت ولو تيمنا فان ادرك

الجمعة صلاها والا صلى الظهر وفي بعض النسخ صلى الظهر اربعا قيل هو تأكيد وقطع لارادة الجمعة بالظهر مجازا

لكونها خلفه قوله لانها اي الجمعة تفوت الى خلف وهو الظهر جعل الظهر خلفا عن الجمعة وان كان فرض الوقت

هو الظهر عند ابي حنيفة وابي يوسف والجمعة خلف عنه فيل اشارة الى ان قول محمد هو المختار وقيل انه متعود

الخلف فان الجمعة اذا فاتت يصلي الظهر قوله بخلاف العيد يعني بخلاف صلوة العيد فانه يتيمم لها اذا خاف الفوت

لانها لا الى خلف حيث لا تقضى قوله وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ يعني لا يتيمم لسائر الصلوات المكتوبة

اذا خاف فوت الوقت لانها تقضى لا يقال هذا وقع مكررا لما ان هذا الحكم عرف في اول الباب من قوله والمعتبر

المسافة دون خوف الفوت لان ذلك كان قول صاحب الهداية وهذا قول القدوري وقيل لانه علل بتعليل غير

التعليل السابق وفيه نظر قال والمسافر اذا نسي الماء في رحله اذا صلى المسافر بالتيمم والماء في رحله فاما

ان يكون عالما بان وضعه بنفسه او غيره بامره او لم يكن بان وضعه غيره بغير امره فان كان الثاني فلا اعادة

عليه بالاتفاق لان المرء لا يخاطب بفعل غيره وان كان الاول وصلى بالتيمم ظنا منه ان الماء قد نفد فعليه الاعادة

بالخلاف لان التفريط جاء من قبله وان كان نسيا نا منه ثم تذكر فلا اعادة عليه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

عليه الاعادة سواء تذكر في الوقت او بعده وهو قول الشافعي رح لان التيمم لعادم الماء وهذا ليس بعادم

بل هو واجد له عادة لان الماء في رحله ورحله في يده والنسيان لا يضاد الوجود بل يضاد الذكر فلا ينتفي

الوجدان فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه فصلى عريانا ولان رحل المسافر معدن الماء عادة وهذا

ظاهر فكل ما هو معدن الماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه كما لو كان في العمران فانه يفترض عليه طلب الماء

لكونه في معدنه حتى لو جاء قريبا لم يرعند هم ماء فتيمم قبل طلبه منهم فصلى ثم علم انه كان عندهم ماء لم تجز صلوته ولنا

انا لا نسلم انه واجد لان المراد بالوجود القدرة كما تقدم ولا قدرة الا بالعلم قوله وماء الرحل جواب عن النكتة

الثانية وتقريره ان رحل المسافر معدن الماء عادة معدا للشرب او الاستعمال والاول مسلم غير مفيد والثاني ممنوع

قوله ومسئلة الثوب على الاختلاف جواب عن المقيس عليه وتقريره ان الحكم فيه عندنا كالماء فلا ينتهض حجة ولئن سلمنا

انه على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف بخلاف صورة النزاع وهذا بطريق المفارقة يعني ان الفارق بينهما

موجود فلم لا يجوز ان يكون الحكم مضافا الى الفارق دون المشترك فلا يصح القياس والاولى ان يجعل ممانعة اي شرط

القياس المساواة بين المقيس والمقيس عليه ولا نم وجودها في صورة النزاع لان فرض الستر يفوت لا الى خلف الخ

وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على الظن ان بقربه ماء وقال الشافعي رح الطلب شرط فيه وتمسك بقوله تعالى فلم

تجدوا ماء وعدم الوجدان لا يتحقق الا بعد الطلب ولنا ان قوله فلم تجدوا يقتضي عدم الوجدان مطلقا عن قيد الطلب فيعمل

بطلاقه وهذا عادم لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فيجعل واجدا حكما فان الفرض انه لم

كذلك في غالب ظنه حتى لو غلب على ظنه ان بقربه ماء لم يجز له التيمم وكذا اذا غلب على ظنه والفلوة مقدار رمية سهم وقيل

ذراع الى اربعمائة ذراع قوله وان كان دونه قوله ولو تيمم قبل الطلب اجزأه عند ابي حنيفة

ذكر الاختلاف في الايضاح والتقريب وشرح الاقطع بين ابي حنيفة وصاحبيه كما ذكر في الكتاب وقال في المبسوط

وان كان مع رفيقه ماء فعليه ان يسأله الا على قول الحسن بن زياد فانه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج

التيمم الا لدفع الحرج قوله وان ابى ان يعطيه الا بثمن المثل هذه على ثلثة اوجه اما ان اعطاه بثمن قيمته في اقرب

موضع من المواضع الذي يعز فيه الماء او بالغبن اليسير او بالغبن الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزيه التيمم

لتحقق القدرة فان القدرة على البدل قدرة على الماء فيمتنع جواز التيمم كما ان القدرة على ثمن الرقبة تمنع التكفير بالصوم

وفي الوجه الثالث جاز له التيمم لوجود الضرر فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس سقط فكذا في المال

واختلف في تفسير الغبن الفاحش ففي النوادر جعله في ضعف الثمن وقال بعضهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين

الحسن البصري رح يلزمه الشراء بجميع ماله افراطا كما ان قول الشافعي رح الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك الشراء قليلة

كانت او كثيرة تفريط نظرا الى اعتبار خوف التلف في النفس والفصل بين الغبن اليسير والفاحش مقدر في الشرع فالعبرة

بالاولى

باب المسح على الخفين

انما اعقب المسح على الخفين التيمم لان كلا منهما طهارة مسح او لانهما بدلان عن الغسل او من حيث انهما رخصة موقتة الى غاية وكان التيمم بدل الكل والمسح على

الخفين بدل البعض والمسح على الخفين جائز بالسنة اي بقول النبي عليه السلام والاخبار فيه مستفيضة اي كثيرة

شائعة فعلا وقولا اما الفعل فقد رواه ابو بكر وعمر والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة رضي الله عنهم انه عليه السلام

مسح على خفيه واما القول فقد روى عمر وعلي وجماعة من الصحابة انه عليه السلام قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر

ثلثة ايام ولياليها وقال المغيرة بن شعبة رضي الله عنه توضأ رسول الله في سفر وكنت اصب الماء عليه وعليه جبة شامية

ضيقة الكمين فاخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال بهذا امرني ربي وعن صفوان

ابن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله عليه السلام يأمرنا اذا كنا سفرا اي مسافرين ان لا ننزع اخفافنا ثلثة ايام

ولياليهن الا من جنابة ولكن من بول وغائط ونوم وقال الحسن البصري رح ادركت سبعين نفرا من اصحاب النبي عليه السلام

كلهم يرون المسح على الخفين ولكثرة الاخبار فيه قال ابو حنيفة رح ما قلت بالمسح حتى جاءني مثل ضوء النهار وقال

قوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس اقول قال ابن الهمام ليس المراد لا يفيد اللفظ لانه مفيد له بل القدوري لا يفيد بهذا اللفظ هذا المعنى بل قصد به الافادة
ما ذكره المص وظ هذا يكون الجار والمجرور متصلا بحدث موجب للوضوء والتقدير جائز بالسنة من كل حدث موجب للوضوء والتقدير جائز على طهارة كاملة اذا لبسهما ثم احدث والجار والمجرور
اي من كل حدث كائنا او حادثا على طهارة كاملة انتهى فيكون كلام القدوري تقييدا سعد قوله نفي كلام القدوري تسامح اقول بان يقال الدوام له حكم الابتداء كما
ايميء على ان لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه سعد

نظيره من الاختلاف فيما ذكره في المبسوط وهو ما قال ولو توضأ وغسل احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الاخرى
ولبس الخف ثم احدث جاز له المسح عندنا فقال لا فهو ان لم ينزع الخف الاول لا يجوز له المسح فان نزعه ثم لبسه
جاز له المسح لان الشرط ان يكون لبسهما على الطهارة ويجوز ان يقال لما اثبت المص بالدليل فيما تقدم ان الترتيب
في الوضوء ليس بشرط صح ان يبنى هذا الفرع على هذا الاختلاف واستدل على ما هو المذهب بقوله لان الخف مانع
حلول الحدث بالقدم وهو طاهر تمامه وكل ما هو مانع حلول الحدث بالقدم يراعى كمال الطهارة ويجوز ان يقال لما اثبت
المص الدليل فيما تقدم لان الترتيب في الوضوء ليس بشرط صح ان يبنى هذا الفرع على هذا الاختلاف واستدل
لما هو المذهب بقوله لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم وهو طاهر تمامه وكل ما هو مانع حلول الحدث بالقدم يراعى
فيه وقت المنع من حلول الحدث لانها لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا لا مانعا لان بالرجلين من حيث الحكم وصف
شرعي مانعا لا رافعا وقائل ان يقول لم لا يجوز انه يكون رافعا بل يكون مانعا حلول الحدث بالقدمين الطاهرتين بالغسل
فاذا انضم اليه غسل بقية الاعضاء ارتفع الحدث بمجموع الغسلين الاول والثاني عن اعضاء الوضوء فكان مانعا
لا رافعا والجواب انا قد اتفقنا ان لا مسح الا بعد طهارة كاملة وان اختلفنا في وقتها فلو كانت الطهارة ناقصة عند
حلول الحدث لزم ان يكون الخف رافعا للحدث الحكمي الحال بالقدم لا تزول بالماء حقيقة لكنه باق حكما لعدم التجزي
وعن بقية الاعضاء ايضا ليرد المسح على طهارة كاملة فكان رافعا لا مانعا ولزم الخلف فان قلت هذا ينفي وجود
الطهارة الكاملة وقت الحدث ونحن لا نمنع ذلك وانما نقول انها لا تكفي بل يحتاج الى وجودها وقت اللبس ايضا لما
ذكرتم لا يدفع ذلك قلت هذا ناهض ولا دافع في كلام المص ودافعه ان وجودها يحتاج اليه عند طريان
ما يزيلها وهو الحدث تحقيقا للازالة واما ما قبل ذلك فهي مستغنى عنها فلا فايدة في اشتراطها قال ويجوز
للمقيم يوما وليلة يجوز المسح للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها وقال مالك رح في رواية عنه المقيم لا يمسح
وللمسافر يمسح مؤبدا وفي رواية عنه ان المقيم كالمسافر واحتج للاولى بان المسح للضرورة ولا ضرورة
في المقيم وفي المسافر بحديث عمار بن ياسر اذ قال قلت يا رسول الله امسح على الخفين يوما قال نعم قلت يومين قال نعم
حتى انتهيت الى سبعة ايام فقال اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك والثانية ما روى سعد بن ابي وقاص وجرير بن عبد الله
وحذيفة بن اليمان في جماعة من الصحابة انهم قالوا المسح على الخفين غير موقت ذكره ابو بكر الرازي في شرح
مختصر الطحاوي ولنا الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها
رواه عمر وعلي وجابر وخزيمة وصفوان بن عسال وعوف بن مالك وابو بكرة وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم والمشهور لا يترك با
قال احمد بن حنبل رجاله لا يعرفون وقال ابو داود قد اختلف في اسناده وليس بقوي وقال الدارقطني اسناده لا
يثبت وقال يحيى بن معين اسناده مضطرب وقال البخاري حديث مجهول على ان تاويله ان مراده عليه السلام بيان ان
المسح مؤبد غير منسوخ لا ان ينزع خفيه في هذه المدة وعدم الضرورة في المقيم ممنوع فانه يلبس الخف
حتى يصبح ويخرج بحوائجه ويشق عليه النزع قبل ان يعود الى بيته ليلا وابتداؤها اي ابتداء مدة المسح
عقيب الحدث لا من وقت اللبس كما ذهب اليه الحسن البصري مستدلا بان جوازه بسببه فيعتبر من وقته ولا من
حين المسح كما ذهب اليه الاوزاعي وابو ثور واحمد في رواية محتجين بان التقدير لاجله فيعتبر من وقته وبيان ذلك
توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف ثم احدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح المقيم
الى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني وعلى القول الثاني الى وقت طلوع الفجر

وقال ابو يوسف ايضا خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته وعن بعضهم قيل من لم ير المسح على الخفين ايام الاعتقاد بجوازه كان
مبتدعا وقال الكرخي اخاف عليه الكفر لان الآثار فيه جاءت في حيز التواتر مما يدل على انه مبتدع ما روي عن ابي
حنيفة انه سئل عن مذهب اهل السنة والجماعة فقال هو ان تفضل الشيخين يعني ابا بكر وعمر على ساير الصحابة وان تحب
الختنين يعني عثمان وعليا رضوان الله عليهم اجمعين وان ترى المسح على الخفين قال ابن عباس رضي الله عنهما لان امسح
على ظهر عير في الفلاة احب الي من ان امسح على الخفين وقالت عائشة رضي الله عنها لان اقطع قدماي احب الي من
ان امسح على الخفين قلت صح رجوعهم الى الجواز اما ابن عباس فقد روى تلميذه عطاء بن ابي رباح انه رجع
الى قول العامة واما عائشة رضي الله عنها فقد صح انها قالت ما زال يمسح رسول الله عليه السلام على الخفين بعد نزول
المائدة وروى رجوعها ايضا شريح بن هاني قوله لكن من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان مأجورا قوله
كان مأجورا قيل هذه رواية خالفت رواية اصول الفقه فان فيها ان المسح على الخفين رخصة اسقاط كالقصر
في السفر والعزيمة لم يبق مشروعة فيها فكيف يؤجر على غير المشروع واجيب بانه انما يكون كذلك اذا لم (المكلف)
يتخفف فاما اذا نزع خفيه او احدهما ولو ذلك لاتحاد الحكم فلا يجوز المسح حينئذ فلم يكن من ذلك النوع وصار
ذلك كمن ابطل سفره فانه سقط عنه سلب رخصة سقوط شطر الصلوة وهذا اللفظ اعني قوله كان مأجورا في به
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فتابعه المص ونعم المتبوع فان قيل ذكر في الذخيرة ان ابا الحسن الرستغفني
سئل عن الرجل يرى المسح على الخفين الا انه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما فقال احب الي ان
يمسح على خفيه اما لنفي التهمة عن نفسه ان يكون من الروافض واما لان قوله وارجلكم قرئ بالخفض والنصب فينبغي
ان يغسل حال عدم اللبس ويمسح على الخفين حال اللبس ليصير عاملا بالقراءتين فيحمل منهما قلت ان حمل
قول ابي الحسن على ان يمسح احيانا لا يترك بالكلية توافقا فانه ليس في كلام المص ما يدل على ان مراده ان لا يمسح
اخذا بالعزيمة على الدوام ونفي التهمة يحصل بالمسح احيانا فيحمل على ذلك دفعا للتدافع قال ويجوز
من كل حدث موجب للوضوء خص القدوري المسح بحدث موجب للوضوء احترازا عن الجنابة على ما سيجيء وجعل الحدث
موجبا مجازا فانه ناقض للوضوء فلا يكون موجبا لكنه شرط لوجوبه فجاز ان يضاف الايجاب اليه كما في صدقة الفطر
قوله وبحدث متأخر اي وخص بحدث متأخر عن الوضوء فان الخف معهد مانع لسراية الحدث الى القدم لا رافع
للحدث لان الرافع هو المطهر والخف ليس كذلك قوله ولو جوزنا بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست والدم
يسيل ثم خرج الوقت وتوضأت فانها لا تمسح لان بخروج الوقت ظهر الحدث السابق وكذلك المتيمم اذا لبس ثم رأى
الماء وتوضأ لا يمسح لانه برؤية الماء ظهر حكم الحدث السابق فلو جاز المسح كان الخف رافعا وليس كذلك قوله
ثم خرج الوقت اشارة الى ان لها ان تمسح ما دام الوقت باقيا وليس هذا الحكم منحصرا فيما ذكر وهو اللبس على السيلان
بل كان الدم سائلا عند الوضوء دون اللبس او عندهما جميعا فالحكم كذلك واما اذا كان منقطعا وقت الوضوء
واللبس جميعا فانها والصحيح سواء وقول القدوري اذا لبسهما على طهارة لا يفيد اشتراط كمالها وقت اللبس لان
من المذهب عندنا خلاف ذلك وهو اشتراط الطهارة الكاملة وقت الحدث واعلم ان مراد المص من قوله لا يفيد
اشتراط الكمال ان كان هذا التعريض في كلام القدوري تسامح وان كان تعريضا فيحتاج الى البيان لان ظاهر كلام
القدوري يفيد ذلك فتأمل قوله حتى لو غسل رجليه قبل لا يصح ان لا يكون نتيجة ما ذكر من اشتراط اللبس على طهارة
كاملة فان نعم جاز المسح هنا باعتبار ترك الترتيب في الوضوء لا باعتبار اشتراط الطهارة الكاملة وقت اللبس وانما

من اليوم الثاني وهو وقت اللبس وعلى القول الثالث الى بعد الزوال من اليوم الثاني وهو وقت المسح والصحيح قول
العامة لان الخف مانع سراية الحدث اي وصوله الى الرجل فالمانع عن الشيء انما يكون مانعا حقيقة عند طريان
الممنوع والحقيقة اولى بالاعتبار فيعتبر المدة من عنده والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع فقال اكثر
قول اللّٰه السنة مسح اعلى الخف واسفله لما روي ان رسول الله عليه السلام مسح اعلى الخف واسفله قوله خطوطا
بالاصابع وهو منصوب على الحال يعني مخططا احترازا عن قول عطاء فانه يقول تثليث المسح اعتبارا بالغسل وذلك
لان الخطوط انما يبقى اذا مسح مرة واحدة وكيفيته ذلك ان يبدأ فيضع اصابع يده اليمنى على مقدم خفه الايمن
واصابع يده اليسرى على مقدم خفه الايسر ويمدهما الى الساق فوق الكعبين ويفرج بين اصابعه ولو وضع الكف
مع الاصابع قيل كان احسن لان الدليل الدال على المسح على ظاهرهما وهو حديث المغيرة ان النبي عليه السلام وضع
يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما الحديث يشير الى ذلك حيث قال وضع يديه ولم يقل اصابعه وما روي
من انه عليه السلام مسح اعلى الخف واسفله ضعيف طعن فيه ائمة الحديث مثل ابي داود والترمذي وغيرهما وان صح فمعناه
الى الساق وبالى الاصابع توفيقا بين الادلة ثم المسح على الظاهر حتم اي واجب حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه خلافا
للشافعي في قول قوله لانه معدول به عن القياس اذ القياس ان لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل
الذي يزيلها كما اشار اليه علي رضي الله عنه بقوله لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره ولكني
رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر الخفين دون باطنهما وانما كان الرأي ذلك لان الخف يلاقي الارض
باطنه فيلاقي طينا وترابا وقذرا باطنه لا بظاهره واذا كان معدولا به عن القياس يراعى جميع ما ورد به الشرع
والبداءة من الاصابع استحباب حتى لو بدأ من الساق جاز ايضا ووجه الاستحباب الاعتبار بالغسل لان الله
تعالى جعل الكعبين غاية ولقائل ان يقول الشرع ورد بالبداءة في اليدين من الاصابع الى اعلاها فكان الواجب ان يكون
البداءة بالاصابع حتما لا استحبابا كالمسح على ظاهرهما فالاعتبار بالاصل تركنا لما ورد به الشرع وكذلك التقدير
بثلاثة اصابع على ما نذكر تركنا لما انه عليه السلام مد من الاصابع الى الساق والجواب ما روي انه عليه السلام مسح على
خفيه من غير ذكر مده الى الساق فجعل المفروض اصل المسح مقدار ثلاثة اصابع والبداءة سنة جمعا بين الادلة واما التقدير
بثلاث اصابع فلما روي قوله عليه السلام خطوطا بالاصابع فان اقل الجمع ثلاثة واختلف في الاصابع فذهب جماعة
الى انها اصابع اليد وقال الكرخي اصابع الرجل لان المسح يقع عليه وهو اكثر الممسوح فيقوم مقام الكل كما في الخرق
والاول اصح اعتبارا لآلة المسح فان المسح فعل يضاف الى الفاعل لا الى المحل فيعتبر الآلة كما في الرأس وذكر ابن رستم
عن محمد انه لو وضع ثلاث اصابع وضعا اجزأه قال القدوري هذا يدل على انه معتبر باصابع اليد ومن هذا قال
في التحفة سواء كان المسح طولا او عرضا لان قوله لو وضع ثلاث اصابع وضعا لا يتقيد بشيء من الطول والعرض

قال ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كثير روي كثير بالثاء المنقوطة من فوق وكبير بالباء المنقوطة من تحت
فالاول يقابل القليل والثاني يقابل الصغير والاول اعم وان كان اقل من ذلك يجوز الاول وفي هذه المسئلة
اربعة اقوال الاول يمنع المسح في القليل والكثير وهو مذهب زفر والشافعي في قول والثاني يقول بالجواز فيهما وهو مذهب
سفيان الثوري وقد روي عن مالك والثالث الفصل بين القليل والكثير وهو قول علمائنا وهو استحسان والرابع
القول بغسل ما ظهر من القدم ومسح ما لم يظهر وهو قول الاوزاعي وجه الاول القياس لان الكثير لما كان مانعا كان
اليسير كذلك كالحدث وهذا معنى قول المصنف دليل زفر والشافعي لما وجب غسل البادي وجب غسل الباقي وذلك لانه

من الخرق الكثير بالذي يبين منه ثلث اصابع وهو المسمى بالبادي فكان معنى قولنا لما وجب غسل الكثير بالاتفاق
وجب غسل القليل كالحدث فانه سوى فيه القليل الى الكثير ووجه الثاني ان الخف يمنع سراية الحدث الى القدم فما
دام يطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه ووجه قولنا وهو الاستحسان ان الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة
فان الخف وان كان جديدا فآثار الدروز والاشافي خرق فيه ولهذا يدخله التراب فيلحقهم الحرج في النزع فجعل عفوا
وتخلو عن الكثير فلا حرج وما ذكر من اعتبار اصابع الرجل وهو رواية الزيادات لان الخرق اذا كان مقدار ثلثة اصابع
منع قطع السفر وقطع السفر انما يتحقق بالرجل فيعتبر اصابعها **قوله** هو الصحيح احتراز عن شيئين عن رواية الحسن
عن ابي حنيفة ان المعتبر ثلث اصابع من اصابع اليد لانه آلة المسح وعما قال شمس الائمة الحلواني المعتبر في الخرق اكبر
الاصابع اذا كان الخرق عند اكبرها واصغرها ان كان عند اصغرها **قوله** لان الاصل دليل على المقدار
والصغر **قوله** ولا معتبر بدخول الانامل ظاهر ولم يذكر اذا كان يبدو قدر ثلث انامل من اصابع الرجل قال بعضهم
يمنع المسح واليه اشار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم لا يمنع والشرط ان يبدو قدر ثلث اصابع بكمالها واليه مال
شمس الائمة الحلواني وقال في النهاية وهو الاصح **قوله** ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فلا يجمع الخرق في خف
واحد لانه يمنع قطع السفر به ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر وهو اصح
قيل ينبغي ان يجمع في الخفين ايضا لان الرجلين صارا كعضو واحد لدخولهما تحت خطاب واحد واجيب بانهما
صارا كعضو واحد في حق شرعي والخرق امر حسي فلا يكونان فيه كعضو واحد كما في قطع المسافة ولهذا لو مد الماء من
الاصابع الى العقب جاز ولم يظهر له حكم الاستعمال لانه عضو واحد ولو مد الماء من احدى الرجلين الى الاخرى لم يجز
والحاصل ان للرجلين شبها بعضو واحد من حيث دخولهما تحت خطاب واحد وبعضوين من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين
وقلنا بعدم الجمع نظرا الى الشبه الثاني وبعدم غسل ما فيه من الخرق دون الآخر نظرا الى الشبه الاول لئلا يلزم
الجمع بين الغسل والمسح فيما هو كعضو واحد **قوله** بخلاف النجاسة يعني اذا كان في احدى الخفين نجاسة قليلة
وفي الاخرى كذلك يجمع بينهما لما ذكر في الكتاب وانكشاف العورة نظير النجاسة فان المانع انكشاف عين
العورة وقد وجد كما ان المانع حمل النجاسة وقد وجد ووجه الرابع واضح **قوله** ولا يجوز المسح لمن وجب عليه
الغسل قيل صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم اجنب ثم وجد ما يكفي للوضوء ولا يكفي الاغتسال فانه يتوضأ ويغسل
رجليه ولا يمسح ويتيمم للجنابة وقال شمس الائمة السرخسي الجنابة الزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى
بخلاف الحدث الاصغر فانه اوجب غسل اعضاء يمكن ان يجمع بينه وبين مسح الخف وهذا بالعين المهملة يتأتى
والاستدلال بظاهر لكن يقتضي التصوير فان السلب يقتضي تصور الايجاب وقال مولانا حميد الدين الموضع موضع
النفي فلا يحتاج الى التصوير **وقوله** ولان الجنابة يشير الى ان شرعية المسح لدفع الحرج ولا حرج فيما يتكرر وهو
الحدث دون الجنابة **قال** وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء وكل ما ينقض الوضوء ينقض المسح لانه
بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا للوضوء لم يكن ناقضا له بل ناقضا لبعضه فهذا خلف
وكذا ينقضه نزع الخف لان الحدث السابق بخروج النجاسة من بدن الانسان كان ممتنع العمل بوجود المانع
وهو الخف فاذا زال المانع سرى الحدث الى القدم وعمل عمله وهذا كما ترى على طريقة تخصيص العلل والمخلص معلوم
وكذا نزع احدهما ينقض المسح ويوجب غسل الرجلين لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وهي غسل الرجلين
وقيل بالواحدة لانهما في غيرهما يجتمعان كغسل الوجه واليدين ومسح الرأس والرجلين وكذا معنى المدخل لما ذكر

ومن رعاية صفوان ان لا ينزع خفافنا ثلثة ايام وقال ابن ابي ليلى المسح على الخفين قايم مقام غسل القدمين ولو غسل قدميه ولبس خفيه ثم نزع لم يجب غسل البدن قيل هو تكرار لانه علم حكمه من قوله وكذا مضي المدة واجيب بانه ذكره تمهيدا لما رتب عليه من قوله نزع خفيه وغسل رجليه الى آخره قوله وليس عليه اعادة بقية الوضوء احتراز عن قول الشافعي فانه يقول عليه ان يعيد الوضوء لان طهارة الرجلين قد انتقضت بمضي مدة المسح وانتقاض الطهارة مما لا يتجزى كالمنتقض بالحدث والجواب ان الحدث اسم لخارج نجس والمضي ليس كذلك وانما سرى حدث كان قبل مضي المدة الى الرجلين خاصة لان غسل ساير الاعضاء قد وجد عن ذلك سواها فلا يجب غسلها ثانيا ما لم يوجد الحدث في حقها فكان هذا كمن توضا ولم يغسل رجليه يجب غسلهما وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد الوضوء وهكذا روي عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله وكذا اذا نزع قبل المدة معناه ليس عليه اعادة بقية الوضوء قوله لان عند النزع دليل مضي المدة والنزع قبل المدة وقد قررناه آنفا في نزع الخف وجواب الشافعي وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا مسح الراس ثم حلق الشعر حيث لا يلزم اعادة المسح واجيب بان الشعر من الراس خلقة فمسحه مسح الراس بخلاف الخف فانه مانع سراية الحدث الى ما تحته فاذا ازال سرى الحدث اليه وحكم النزع وهو النقض يثبت بخروج القدم الى الساق لانه اي الشان او الساق على تأويل المذكور لا معتبر به في حق المسح لانها ليست بمحل له وما لا معتبر به في حقه فالخروج اليه ناقض كخروجها من الخف وقوله وكذا باكثر القدم اي يثبت حكم النزع بخروج اكثر القدم الى ساق الخف هو الصحيح هذا هو المروي عن ابي يوسف وهو قول الحسن بن زياد رحمهما الله ووجهه ان الاحتراز عن خروج القليل متعذر لانه ربما يحصل بدون القصد كما اذا كان الخف واسعا اذا رفع القدم يخرج العقب واذا وضعها عاد العقب الى مكانها فلو قلنا انتقض المسح في مثله وقع الناس في الحرج بخلاف الكثير فان الاحتراز عنه ليس بمتعذر وروي عن ابي حنيفة رحمه الله اذا خرج اكثر الكعب من موضعه الى الساق بطل مسحه يعني به اذا ابتدأ نزع الخف بحركة للنزع حتى زال العقب واما اذا زال باعتبار سعة الخف فلم يبطل اجماعا دفعا للحرج كما ذكرناه ووجه قوله ان المسح انما يبقى ببقاء محل الغسل في الخف ولم يبق بزوال العقب او اكثرها الى الساق فلا يبقى المسح وعن محمد ان بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز والا فلا يعني اذا قصد النزع كما ذكرناه اعتبر في ذلك بقاء مقدار محل المسح لان خروج ما سواه كلا خروج قال ومن ابتدأ المسح وهو مقيم هذا على اوجه ثلثة في وجه يتحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق وهو ما اذا سافر قبل ان ينتقض الطهارة التي لبس عليها الخفين وانتقضت الطهارة وهو مسافر فانه يتحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق وفي وجه لا يتحول بالاتفاق وهو ما اذا سافر بعدما احدث وبعدما استكمل مدة المقيم وفي وجه وهو ما اذا سافر بعدما احدث قبل استكمال مدة المقيم يتحول عندنا خلافا للشافعي قال المسح عبادة شرع فيها على حكم الاقامة وكل ما شرع فيها على حكم الاقامة لا يتغير بالسفر كما اذا شرع في الصوم وهو مقيم ثم سافر وكما اذا شرع في الصلوة في سفينة في المصر فصارت مسافرا في صلوته فانها لا تتغير لان حال الاقامة حال العزيمة وحال السفر حال الرخصة فاذا اجتمعا فالعبارة غلبت العزيمة على الرخصة ولنا اطلاق الحديث فانه لم يفصل بين مسافر ومسافر فيمسح كسائر المسافرين ولانه حكم متعلق بالوقت وكل ما هو كذلك يعتبر فيه آخر الوقت كالحايض اذا طهرت فيه يجب عليها الصلوة والطاهرة اذا حاضت فيه سقطت عنها والمسافر اذا اقام في آخر الوقت يتم صلوته والمقيم اذا سافر فيه قصر وليس كالصوم والصلوة لانهما لا يتجزيان فاعتبار الاقامة في اول الصوم لا يبيح الفطر واعتبار السفر

في آخره يبيح فيترجح جانب الحرمة وكذلك في الصلوة يترجح جانب الاقامة للاحتياط واما الوقت فمما يتجزى فلم يجتمع الاقامة والسفرية في وقت واحد فكان الاعتبار للوجود وهو السفر قوله بخلاف ما اذا استكمل المدة وهو ظاهر وقوله ومن لبس الجرموق يعني قبل ان يحدث مسح عليه والجرموق ما يلبس فوق الخف وساقه اقصر من الخف وقال الشافعي لا يمسح عليه لان الخف بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل يعني بالراي فان الشرع ورد بالمسح على الخفين بدلا عن الرجلين لا غير فتجويز المسح على الجرموق اقامة بدل عنه بالراي وهو لا يجوز ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه عليه السلام كان يمسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا اما الاستعمال فانه بدون الخف لا يلبس غالبا وفوقه يلبس وارتفاعا وانخفاضا واما الغرض فانه وقاية للخف كما ان الخف وقاية للرجل فصار كخف ذي طاقين قيل لو كان كذلك ما وجب المسح على الخفين عند نزع الجرموقين كما لو مسح على خف ذي طاقين ثم نزع احد طاقيه او كان الخف مشعرا فمسح عليه ثم حلق الشعر فانه لا يجب اعادة المسح واجيب بان الجرموق ليس بتبع من حيث الاصل لانه لو لبسه منفردا جاز المسح عليه بالاجماع وتبع من حيث الاستعمال والغرض كما ذكرنا فاذا لبسه على الخف صار تابعا وكان المسح عليه كالمسح على الخف واذا زال بالنزع زال التبعية وحل الحدث بالخف فيجب اعادة المسح واما طاقا الخف فلتعذر انفصال احدهما بالآخر كانا كالشعر مع البشرة وقد تقدم انه اذا مسح على الراس ثم حلقه لا يجب عليه الاعادة وقوله وهو بدل عن الرجل لا عن الخف جواب عن قول الخصم البدل لا يكون له بدل وتقريره انا لا نسلم انه بدل الخف وانما هو بدل عن الرجل كالخف لان الخف لم ينعقد فيه حكم المسح بعد قيل لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع الخفين وليس كذلك فكان بدل الخف ولزم بدل البدل واجيب بانه بدل الرجل ما لم يحل الحدث بالخف فاذا نزع زال التبعية عنه وحل الحدث بالخف وكان الخف بدلا عن الرجل اذ ذاك ولزم المسح عليه قوله ولو كان الجرموق من كرباس ظاهر قال ولا يجوز المسح على الجوربين المسح على الجوربين على ثلثة اوجه في وجه يجوز بالاتفاق وهو ما اذا كانا ثخينين منعلين وفي وجه لا يجوز بالاتفاق وهو ان لا يكونا ثخينين ولا منعلين وفي وجه لا يجوز عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وهو ان يكونا ثخينين غير منعلين يقال جورب منعل ومنعّل اذا وضع على اسفله جلدة كالنعل للقدم والمجلد هو الذي وضع الجلد اعلاه واسفله قوله لا يشفان تأكيد للثخانة من شف الثوب اذا رق حتى يرى ما وراءه بالمضرب لهما حديث ابي موسى الاشعري ان النبي عليه السلام مسح على الجوربين ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا بحيث يستمسك على الساق من غير الربط فاشبه الخف فيلحق به ولابي حنيفة ان الالحاق انما يصح اذا كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان الخف يمكن مواظبة المشي فيه دون الجورب الا اذا كان منعلا وهو محمل حديث ابي موسى الاشعري مع ان ابا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل ولا يمكن بالقوي وعن ابي حنيفة انه رجع الى قولهما قال الحسن ودخلنا على ابي حنيفة في مرضه فمسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده فعلت ما كنت امنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه الى قولهما قوله ولا يجوز المسح على العمامة الخ فيه نفي لقول من يجوز المسح على العمامة كالاوزاعي واحمد بن حنبل واهل الظاهر قالوا صح ان رسول الله عليه السلام مسح على عمامته وخفيه وقلنا المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء والتمسك بالحديث ضعيف لان قوله تعالى وامسحوا برؤوسكم يقتضي عدم جواز غير الراس فالعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ فلا يجوز او هو منسوخ قال محمد نعم اخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال رايت صفية

ابنة ابي عبيد توضأ وتنزع خمارها ثم تمسح براسها قال نافع وانا يومئذ صغير قال تمسح بهذا فاخذ لا تمسح على خمار ولا عمامة بلغنا ان المسح على العمامة كان فترك والعقاد والخمر والتشديد شئ يجعل لليدين يحشى بالقطن ويكون له ازرار يزد على الساعدين من البرد تلبسه المراة في يديها كذا في الصحاح **قوله** ويجوز المسح على الجبائر قال قاضي خان اذا كان يضره المسح على الجراحة واما اذا لم يضره فلا يمسح على الجبائر والجبائر جمع جبيرة وهي العيدان التي يجبر بها العظام وانما قال وان شدها على غير وضوء لانها انما تربط حالة الضرورة واشتراط الطهارة في تلك الحالة يفضي الى الحرج فلا يعتبر والاصل في ذلك ما قال في الكتاب ان النبي عليه السلام فعل وامر عليا رضي الله عنه حين كسر زنده يوم احد وقيل يوم خيبر فانه كان حامل راية رسول الله عليه السلام فكسر زنده فسقط اللواء من يده فقال عليه السلام اجعلوها في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة فقال ما اصنع بالجباير فقال عليه السلام امسح عليها من غير فصل بين الغاسل وغيره **قوله** ولان الحرج فيه وازيد ان في قوله ويجوز المسح اشارة الى ان المسح على الجباير ليس بفرض ولا واجب وذلك لان الروايات قد اختلفت فقال في شرح الطحاوي والتجريد المسح على الجباير ليس بفرض عند ابي حنيفة وان لم يضره بل هو مستحب وفي المحيط انه واجب عنده ويجوز الصلوة بدونه خلافا لهما لما امر عليا به والامر للوجوب وقال المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لم يكن واجبا فكذا المسح وهذا يرشد الى ان الامر للاستحباب **قوله** ويكفي بالمسح على اكثرها لم يذكره ظاهر الرواية انه اذا مسح على بعض الجباير دون بعض هل يجزيه او لا وذكر في الملتقى الحسن بن زياد انه اذا مسح على الاكثر اجزاه وان مسح على النصف لا يجزيه والفرق بينه وبين مسح الراس والمسح على الخفين حيث لا يشترط فيهما الاكثر اجزاه وان مسح على الاكثر ثبت بالكتاب والباء دخلت بالمحل فاوجبت تبعيضه والمسح على الخفين ان كان بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه وان كان بالسنة فقد وجبت مسح البعض فاما المسح على الجباير فانما يثبت بحديث علي رضي الله عنه وليس فيه ما ينبئ عن البعض الا ان القليل سقط اعتباره دفعا للحرج واقيم الاكثر مقامه **قوله** ولا يتوقت بيان الفرق بين مسح الخف والجبيرة وذلك بامور منها ما تقدم من قوله وان شدها على غير وضوء فان المسح على الخف من شرطها ان لا يجوز كما تقدم ومنها انه لا يتوقت بوقت معين لعدم التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه اثر ولا خبر والمقادير لا تعرف الا سماعا فيمسح الى وقت البرء ومنها ان الجبيرة ان سقطت من غير برء لم يبطل المسح بخلاف الخف فانه اذا نزع بطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا حتى لو مسح على جبيرة احد الرجلين لا يجوز المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون جامعا بين الغسل حكما وبين المسح وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان سقوطها في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كالمتيمم يجد الماء في خلال الصلوة فانه يستقبلها كذلك قيل يشكل على هذا ما اذا صلى ركعة او ركعتين بالتحري ثم تبينت جهة الكعبة فانه يبني ولا يستقبل مع ان جهة التحري بدل عن جهة الكعبة واجيب بان ذلك بطريق النسخ لما قبله لا ان اصله كان بطريق النسخ فيبقى في حق التحري كذلك والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الغائب فلذلك يبني ولا يستقبل

باب الحيض والنفاس

اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض والنفاس بانهما من الاحداث او الانجاس فمنهم من ذهب الى الثاني ومنهم من ذهب الى الاول وهو الانسب لان المصنف عقب هذا باب الانجاس وتطهيرها ولما فرغ من الاحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو اقل وقوعا منه ولقب الباب بالحيض دون النفاس لكثرته او لكونه حالا معهودة في بنات آدم دون النفاس والحيض لغة هو الدم الخارج ومنه حاض السيل

وعند الفقهاء دم ينفضه رحم المراة السليمة عن الداء والصغر **قوله** السليمة عن الداء احتراز عن النفاس والصغر احتراز عما تراه الصغيرة وشرطه تقدم نصاب الطهر حقيقة او حكما وفراغ الرحم عن الحبل واقل الحيض اي اقل مدته ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة عندنا وروى ابن سماعة عن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث وقال مالك ما يوجد ولو ساعة وقال الشافعي يوم وليلة لنا ما روى ابو امامة الباهلي وعايشة وواثلة وانس وابن عمر رضي الله عنهم انه عليه السلام قال اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعثمان بن ابي العاص وانس بن مالك والمروي منهم كالمروي عن النبي عليه السلام لان المقادير لا تعرف قياسا ولابي يوسف ان الدم لا يسيل على الدوام بل يسيل تارة وينقطع اخرى فيقام الاكثر من اليوم الثالث وهو سبع وستون ساعة على ما ذكر في النوادر مقام الكمال ولمالك والشافعي ان هذا نوع حدث فلا يتقدر اقله بشئ كسائر الاحداث ولك في بيان التسلسل لما استوعب جميع الساعات عرفنا ان الدم من الرحم فلا حاجة الى الاستظهار ويعني آخر الجواب انه نقص عن تقدير الشرع وذلك لا يجوز واكثره عشرة ايام والزايد استحاضة وقال الشافعي هو خمسة عشر يوما وهو قول ابي حنيفة الاول لقوله عليه السلام في نقصان دين المراة تقعد احديهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد به زمان الحيض والشطر هو النصف ولنا ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم واكثره عشرة ايام لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وليس المراد بالشطر حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شئ من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر حيضا واذا قدرنا بالعشرة يكون الاثنا كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق ومن المتاخرين من التزم ان المراد بالشطر حقيقته وقال هو حاصل فيما قلنا فان المراة اذا بلغت خمس عشرة سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة ايام ثم ماتت بعد ستين سنة كانت تاركة للصلوة شطر عمرها **قوله** وما تراه المراة بيان الوانه وهي ستة السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية ولم يذكر السواد لانه لا اشكال في كونه حيضا لقوله عليه السلام دم الحيض اسود عبيط محتدم اي طري شديد الحمرة الى السواد واما الحمرة فهي اللون الاصلي للدم الا انه عند غلبة السوداء يضرب الى السواد وعند غلبة الصفراء يرق فيضرب الى الصفرة ويتبين ذلك لمن افتصد فالصفرة ايضا من الوان الدم اذا رق وقيل هي كصفرة السن او كصفرة القز واما الكدرة فلونها كلون الماء الكدر وهي حيض في قول ابي حنيفة ومحمد حتى ترى البياض خالصا سواء رأت في اول ايامها او في آخرها وقال ابو يوسف لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدر عن الصافي لان الكدرة من كل شئ يتبع صافيه فلو جعلناها حيضا ولم يتقدم عليها دم كانت مقصودة لا تبعا ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا حدث مالك في موطأه عن علقمة بن ابي علقمة عن امه مولاة عائشة رضي الله عنها قالت كانت النساء يبعثن الى عائشة رضي الله عنها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسالنها عن الصلوة فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء والقصة الجص شبهت الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص يعني تخرج الخرقة التي تحتشي بها كالجص الابيض وقيل هي شئ كالخيط الابيض يخرج من اقبال النساء بعد انقطاع الدم وقيل يعتبر اللون حين ترفع الخرقة وهي طرية لا بعد الجفاف لان اللون يتغير بالاسباب وهذا ينبئ فعلت عائشة رضي الله عنها لا يعرفها الا سماعا فيحمل على انها سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قوله عليه السلام دم الحيض اسود عبيط

يدل على ان هذه الاشياء ليست بحيض وهو اقوى من فعل عائشة رضي الله عنها فلا يجوز تركه به أجيب بانه من باب تخصيص الشي بالذكر ولا دلالة له على نفي ما عداه قوله وفم الرحم منكوس جواب عن قول ابي يوسف يعني انا نحن نقول الكدرة من الصافي وكانه قول بالموجب اي نعم هو كذلك اذا لم يكن المخرج من اسفل اما اذا كانت كالجرة تثقب اسفلها فان الكدرة تخرج اولا واما الخضرة فقد انكر بعض مشايخنا وجودها قال ليستبعد كانها اكلت قصيلا وذكر ابو علي الدقاق ان الخضرة نوع من الكدرة قال المص ان كانت المرأة من ذوات الاقراء كان حيضا ويحمل على فساد الغذاء كانها اكلت غذاء فاسدا فصورة دمها وان كانت كبيرة اي آيسة وهي ان تكون في خمس وخمسين سنة على ما هو المختار وقيل في خمسين وقيل في سبعين لا يكون حيضا ويحمل على فساد المنبت فان الدم في الاصل لا يكون اخضر ولم يذكر المص التربية وهي ما يكون لونه كلون التراب وهي نسبة الى التراب لانها نوع من الكدرة فهي على الاختلاف المذكور وروي التربية بوزن الشريعة والتربية بوزن الترعية وهي لون خفي يسير اقل من صفرة وكدرة وقيل هي من الرية لانها على لونها ولم يذكر امان الحيض واختلفوا في ادنى مدة يحكم بلوغها اذا رأت الدم فيها قال ابو نصر بن سلام بنت ست سنين اذا رأت الدم وتمادى بها تلثا ايام وبعضهم قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل قدره بتسع سنين وابو علي الدقاق بثنتي عشرة سنة واكثر المشايخ على ما قاله محمد بن مقاتل قال والحيض يسقط عن الحائض الصلوة هذا بيان احكام الحيض قال في النهاية وبيني انها اثنا عشر ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس واربعة مختصة بالحيض دون النفاس فاما الثمانية فترك الصلوة لا الى قضاء وترك الصوم الى قضاء وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف في البيت وحرمة قراءة القرآن وحرمة مس المصحف بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل عند انقطاع الحيض والنفاس واما الاربعة المختصة فانقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاق السنة والبدعة فالسبعة الاولى يتعلق ببروز الدم عندهما بمجاوزته موضع البكارة وعن محمد انها يتعلق بالاحساس بالبروز فلو انها وضعت الكرسف ثم احست بنزول الدم من الرحم الى الكرسف قبل غروب الشمس ثم رفعت الكرسف بعد غروبها فالصوم تام وعن محمد في غير ظاهر الرواية انها تقضيه والثامن تعلق بنصاب الحيض ويستند الى ابتدائه والاربع الباقية تتعلق بانقضائه قوله يسقط على مذهب القاضي ابي زيد على حقيقته لان عنده نفس الوجوب ثابت عليها كالصبي والمجنون لقيام الذمة الصالحة للايجاب لكن يسقط بالعذر واما على قول غيره فيكون يسقط مجازا المنع وانما قال يحرم عليها الصوم ولم يقل يسقط اشارة الى انه يقضي قبل المبتداء اذا رأت وما تركت الصلوة والصوم عند اكثر مشايخنا وعن ابي حنيفة حتى انه يستمر الدم ثلثة ايام وتقضي الصيام ولا تقضي الصلوات لقول عائشة رضي الله عنها وروي ان امرأة سألتها قالت ما بال احدانا تقضي صيام ايام الحيض ولا تقضي الصلوة فقالت أحرورية انت كانت احدانا على عهد رسول الله عليه السلام اذا طهرت تقضي الصيام ولا تقضي الصلوات فان قيل وجوب القضاء يبتني على وجوب الاداء في الاحكام فكيف تخلف هذا الحكم ههنا اجيب بان الاصل ذلك لكن هذا ثبت بالنص على خلاف القياس قوله ولان في قضاء الصلوات حرجا ظاهرا وعدم وجوب قضاء الصلوات ليس يحتاج الى دليل لانه على الاصل وانما المحتاج الى ذلك قضاء الصيام وقد اضاف الى النص عدم اشتماله على الحرج فوجب ولا يدخل المسجد وكذلك الجنب لما ذكر في السنن مسندا الى عائشة ان النبي عليه السلام قال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول يعني بيوت الانصار التي كانت ابوابها الى المسجد

على وجه العبور والمرور فانه لم يفصل بين الدخول للمرور وبينه للمقام ولا تمسك بقوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل لان اهل التفسير قالوا الا هنا بمعنى ولا ولان المراد بالصلوة حقيقتها اذ الكلام الحقيقة الا ما روي بسبيل الا مسافرين والمساجد بمعنى عابري فيكون معناه والله اعلم الا مسافرين فانه يباح لهم الصلوة قبل الاغتسال بالتيمم وسوى هذه المسئلة ما قال في المبسوط مسافر مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فانه يتيمم لدخول المسجد عندنا وقال الشافعي جاز ان يدخل مجتازا ولا تطوف بالبيت لان الطواف بالمسجد قيل فاذا كان الطواف في المسجد كان الحكم معلوما من قوله ولا تدخل المسجد واجيب بانه صرح بذلك لان الدخول قد يكون بعد الطهارة فيوهم جواز الطواف وليس كذلك حتى لو طافت خارج المسجد لم يجز وجاز للطاهر ولو علل بقوله لان الطواف بالبيت صلوة كان اشمل واندفع السؤال وقوله ولا يأتيها زوجها اي لا يطأها ظاهر وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عليه السلام لا تقرأ الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في قوله انه يجوزها للحائض لكونها معذورة محتاجة الى القراءة عاجزة عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب فانه قادر عليه بالغسل او التيمم وهو اي الحديث باطلاقه اي بعمومه لان شيئا نكرة في سياق النفي تناول ما دون الآية فيمنع عن قراءتها كالآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحة قراءة ما دون الآية للحائض والنفساء والجنب بان المتعلق بالقرآن حكمان جواز الصلوة ومنع الحائض عن القراءة ثم في احد الحكمين يفصل بين الآية وما دونها فكذلك في الحكم الآخر وقال الكرخي يمنع عن قراءة ما دون الآية ايضا على قصد قراءة القرآن كما يمنع عن قراءة الآية التامة لان الكل قرآن فان لم يقصد القراءة نحو ان يقرأ الحمد لله شكرا للنعمة فلا بأس به وذكر الحلواني عن ابي حنيفة رحمه الله لا بأس للجنب ان يقرأ الفاتحة على وجه الدعاء قال الهندواني لا افتي بهذا وان روي به قيل والمختار الجواز وليس لهم اي الحائض والنفساء والجنب مس المصحف الى آخره ظاهر وقوله لقوله عليه السلام رواه مالك في الموطأ والدارقطني فان قلت ما بال المص لم يستدل بقوله تعالى انه لقرآن كريم في كتاب مكنون لا يمسه الا المطهرون فانه ظاهر في النهي عن مس المصحف لغير الطاهر قلت لان بعض العلماء حمله على الكرام البررة فكان محتملا فلم يستقل الا به قوله ثم الحدث والجنابة حلا اليد الى آخره لبيان مشاركتهما في حرمة المس وافتراقهما في حكم القراءة وهو لان الحكم لا يثبت الا في محل يثبت فيه الحدث ولما لم يثبت حكم الحدث في الفم حيث لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب غسله جاز ان تثبت قراءة المحدث دون الجنب قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان غسل الجنب فمه ليقرأ او يده ليمس وغسل المحدث يده ليمس لم يطلق القراءة ولا المس للجنب ولا المس للمحدث هذا هو الصحيح لان ذلك لا يتجزى وجودا ولا زوالا وغلافه ما كان متجافيا عليه اي متباعدا بان يكون شيئا ثالثا بين الماس والممسوس ولا يكون متصلا به كالجلد المشرز فينبغي ان لا يكون تابعا للماس كالكم ولا للممسوس كالجلد المشرز قال صاحب التحفة اختلف المشايخ في الغلاف فقال بعضهم هو الجلد الذي عليه وقال بعضهم هو الكم فقال بعضهم هو الخريطة وهو الصحيح لان الجلد تبع للمصحف والكم تبع للحامل والخريطة ليست بتبع لاحدهما وقوله هو الصحيح الاول رد للاول وقوله وهو الصحيح الثاني رد للثاني قوله بخلاف كتب الشريعة يعني كتب الحديث والفقه حيث رخص لاهلها في مسها بالكم لان فيه ضرورة وفيه اشارة الى ان مسها بلا طهارة مكروه قوله ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان معناه لا بأس بان يدفع الطاهر وذا المصحف الى الصبيان المحدثين لانه لو لم يكن كذلك فاما ان يمنع عنهم المصحف وفيه تضييع حفظ القرآن او يؤمروا بالتطهير وفيه حرج عليهم لانهم لم يكلفوا بذلك ويجوز ان يكون معنى قوله وفيه

الامر بالتطهير في امر الاولياء بتطهير الصبيان كتبعيدهم عن اللباس الذكور منهم الحرير حرج بالاولياء او المعلمين الكتاب
وقوله هو الصحيح احترازا عما روي عن بعض المشايخ ان دفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن اليهم مكروه
على ان الدافع مكلف بعدم الدفع **وقوله** واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام وكان عند تمام عادتها
لم يحل وطئها حتى تغتسل لان الدم يدر بكسر الدال وضمها اي يسيل تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال
ليترجح جانب الانقطاع بوجه ما زاد على زمان عادتها من مدة الاغتسال فيحل وطئها لصيرورتها من الطاهرات
حقيقة ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان يقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطئها لان
الصلوة صارت دينا عليها فصارت من الطاهرات حكما لان الشرع اذا حكم عليها بوجوب الصلوة ولا يصح
حال كونها حائضا دل على انه حكم بطهارتها وفي بعض النسخ او يمضي عليها وقت صلوة كامل فقيل ان كان عليه كان الكامل
صفة للوقت كان مرفوعا وليس بمروي وان كان صفة للصلوة كان الواجب كاملة واجب بانه صفة للوقت
والجواز كانه جرى مجرى ومعناه الكامل في السببية فانه اذا انقطع الدم في آخر الوقت بحيث يمكن ان تغتسل
وتحرم للصلوة كان ذلك المقدار كاملا في ايجاب الصلوة عليها كما ان معنى كمال الوقت عليها وهو منقطع الحيض
كامل في ذلك وليس معناه ان معنى كمال الوقت على معنى انه انقطع دمها في اول الوقت ودام الانقطاع حتى
مضى الوقت شرط في كونها من الطاهرات في حل القربان ووجوب الصلوة وعلى هذا لا فرق في العبارتين
من حيث المعنى الا ان الاولى اوضح في تأديته **وقوله** ولو كان انقطع الدم دون عادتها فاهر
فوق الثلث مستغنى عنه خارج مخرج الغالب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطئها قبل الغسل وقوله
الوطي ليس بمتوقف على انقطاع الدم لكن ذكره تبعا بلا قوله او لا واذا انقطع الدم وذلك لما ذكرنا انه لا
مزيد للحيض على العشرة فيجب عليها الصلوة لانا تيقنا بمجرد انقطاع الدم بخروجها من الحيض فاذا
ادركت جزءا من الوقت قليلا كان او كثيرا كان عليها قضاء تلك الصلوة بخلاف ما اذا كان ايامها دون
العشرة فان فيه مدة الاغتسال من حيضها فلا بد من الوقت مقدار ما يمكنها ان تغتسل فيه وتحرم للصلوة
لتصير مدركة لجزء من الوقت بعد الطهارة ليجب عليها قضاء تلك الصلوة **وقوله** الا انه لا يستحب استثناء
من قوله حل وطئها يعني انه لا يستحب وطئها قبله لاشتمال النهي في القراءة بالتشديد فان ظاهر النهي فيها يوجب
حرمة القربان قبل الاغتسال في الحالين باطلاقه كما قال زفر والشافعي رحمهما الله قال والطهر المتخلل
بين الدمين في مدة الحيض اذا احاط الدم طرفي مدة الحيض كان كالدم المتوالي في رواية محمد عن ابي حنيفة
وتوجيهه ما ذكر في الكتاب ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط فيعتبر اوله وآخره والطهر المتخلل بينهما تبع
لهما كالنصاب في باب الزكوة فان شرط وجوبها كمال النصاب في طرفي الحول والنقصان في خلاله لا يعتبر مثاله
مبتدأة رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لاحاطة الدم بطرفي العشرة
ولو رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة
وقيل هو آخر اقوال ابي حنيفة ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي
لانه طهر فاسد لا يصلح للفصل بين الحيضتين لان اقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فلذلك لا يصلح للفصل
بين الدمين لان الفاسد لا يتعلق به احكام الصحيح شرعا فكان كالدم المتوالي مثاله مبتدأة رأت يوما دما و
عشرة طهرا ويوما دما فالعشرة من اوله حيض يحكم ببلوغها به وكذلك اذا رأت يوما دما وتسعة طهرا

ويوما دما **وقوله** ولا اخذ بهذا القول اي قول ابي يوسف ايسر اي للمفتي والمستفتي لان في قول محمد تفاصيل يشق
ضبطها واعلم ان احاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن محمد لطرفي مدة الحيض كما تقدم وعلى هذا لا يجوز
بداية الحيض ولا ختمه بالطهر لان الطهر ضد الحيض والشيء لا يبدأ بضده ولا يختم به ويجوز ختمه به اذا
كان بعده دم لا قبله مثال قول ابي يوسف من المسائل امرأة عادتها في اول كل شهر خمسة فرأت قبل ايامها
بيوم يوما دما ثم طهرت خمستها ثم رأت يوما دما فخمستها حيض اذا جاوز المرئي عشرة لاحاطة الدمين
بزمان عادتها وان لم تر فيه شيئا واما اذا لم يتجاوز العشرة فيكون جميع ذلك حيضا وكذلك لو رأت قبل خمستها
يوما دما ثم طهرت خمستها يوما فرأت ثلثة دما ثم طهرت آخر يوم من خمستها ثم استمر بها الدم فخمستها حيض
عنده وان كان ابتداء الخمسة وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وان الطهر المتخلل بين الدمين
اذا كان دون ثلثة لا يكون فاصلا بالاتفاق وما دون خمسة عشر كذلك عند ابي يوسف كما مر آنفا وعند
محمد اذا بلغ ثلثة فصاعدا فان استوى الدم والطهر في ايام الحيض او غلب فكذلك وان غلب الطهر صار
فاصلا وحينئذ ان لم يكن جعل واحد منهما بانفراده حيضا لا يكون شيء منه حيضا وان امكن ذلك جعل
حيضا سواء كان المتقدم او المتأخر وان امكن جعل كل واحد منهما جعل ليسرعهما امكانا حيضا فقط
اذا لم يتخلل بينهما طهر تام مثاله مبتدأة رأت يوما دما ويومين طهرا ويوما دما فالاربعة حيض ولو رأت
يوما دما وثلثة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منها حيضا لغلبة الطهر وان رأت يوما دما وثلثة طهرا ويومين دما
فالستة كلها حيض ولو رأت يومين دما وثلثة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منها حيضا لغلبة الطهر وان
رأت يوما دما لاستوائهما فغلب الدم لما ان اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلوة واعتبار الطهر يوجب
حل ذلك واذا استوى الحلال والحرام فيغلب الحرام كما في التحري في الاواني فان الغلبة اذا كانت للنجاسة
او كانا سواء لا يجوز التحري فهذا مثله وان رأت ثلثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فحيضها الثلثة الاولى لان
الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم بانفراده يمكن ان يجعل حيضا فجعلناها حيضا ولو رأت يوم دما وخمسة
طهرا وثلثة دما فحيضها الثلثة الاخيرة لما بينا ولو رأت ثلثة دما وستة طهرا وثلثة دما فحيضها الثلثة الاولى
لانه اسرعهما امكانا فان قيل قد استوى الدم بالطهر فلم لم يجعل كالدم المتوالي اجيب بان استواءهما
انما يعتبر في مدة الحيض واكثر الحيض عشرة والمرئي في العشرة ثلثة دم وستة طهر ويوم دم فكان الطهر غالبا
فلهذا صار فاصلا **قال** واقل الطهر خمسة عشر يوما اقل الطهر الذي يكون بين الحيضتين خمسة عشر
يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي والظاهر انه منقول عن النبي عليه السلام لانه مقدار والمقادير لا تعرف
الا سماعا وذكر في المحيط ان الله تعالى اقام الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام الطهر والحيض وما
اضيف الى شيئين ينقسم عليهما نصفين فينبغي ان يكون نصف الشهر حيضا ونصفه طهرا الا انه قام الدليل
على نقصان الحيض عن النصف فيبقى الطهر على ظاهر القسمة وهذا الاستدلال منقول عن الشيخ ابي منصور الماتريدي
رحمه الله وفيه نظر لان المقادير لا تعرف الا توقيفا وكذا ما ذكر في المبسوط ان مدة الطهر نظير مدة الاقامة
من حيث انها تعيد ما كان سقط من الصوم والصلوة وقد ثبت بالاخبار ان اقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما
فكذلك اقل مدة الطهر ولهذا قدر اقل مدة الحيض بثلثة ايام اعتبارا باقل مدة السفر فان كل واحد منهما يؤثر
في الصوم والصلوة لكن ما ذكر في المبسوط يمكن ان يستند الى السماع بجعل الاخبار الواردة في مدة الاقامة

واردة فيه لنساء وبها فيما ذكرنا فكان من باب الدلالة وفيه بعد قوله ولا غاية لاكثره اي لاكثر الطهر ومعناه انها على
العموم ما ترى الطهر وان استغرق عمرها وقوله لانه اي الطهر يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر
بها الدم فاحتيج الى نصب العادة فانه يكون ح لاكثره غاية عند عامة العلماء خلافا لابي عصمة سعد بن معاذ المروزي وابي
حازم فانه لا غاية لاكثره عندهما على الاطلاق لان نصب المقادير بالسماع ولا سماع ههنا وعلى هذا اذا بلغت امراة فرات
عشرة دما وسنة او سنتين طهرا ثم استمر بها الدم فعندهما تنقضي عدتها بثلث سنين او ست سنين وثلثين يوما
واما العامة فقد اختلفوا في التقدير فقال محمد بن شجاع طهرها تسعة عشر يوما لان اكثر الحيض عشرة والباقي
طهر وتسعة عشر يقين وقال محمد بن سلمة طهرها سبعة وعشرون يوما فادونها لان اقل الحيض ثلثة ايام فيرتفع
عن كل شهر فيبقى سبعة وعشرون يوما وقال محمد بن ابراهيم الميداني طهرها ستة اشهر الا ساعة وعليه الاكثر لان اقل
المدة التي يرتفع الحيض فيها ستة اشهر وهو اقل مدة الحمل الا ان ما عليه الاصل ان مدة الطهر اقل من مدة الحبل
فنقصنا منه شيئا يسيرا وهو ساعة فينقضي عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلث ساعات لجواز ان يكون وقوع الطلاق
عليها في حالة الحيض فيحتاج الى ثلثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة وكل حيض عشرة ايام وقال الحاكم الشهيد
طهرها شهران وهو رواية بن سماعة عن محمد لان العادة ماخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر
في الشهرين عادة اذ الغالب ان النساء تحيض في كل شهر مرة فاذا طهرت شهرين فقد طهرت في ايام عادتها
والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها فوجب التقدير به قيل والفتوى على قول الحاكم لانه ايسر على
المفتي والنساء وفيه اقوال اخرى تركتها مخافة الاطناب ولما كان في الاقوال المذكورة كثرة اعرض المص عنها وقال
ويعرف ذلك في كتاب الحيض قال ودم الاستحاضة كالرعاف كلامه واضح قوله بنتيجة الاجماع
قيل اي بدلالته وتقديره اجمع المسلمون على وجوب الصلوة وهو يوجب وجوب الصوم وحل الوطي اللذين
لا منافاة بينهما اولى قال في الكافي وتفسير نتيجة الاجماع بدلالته غير صحيح لفظا لا معنى والتفسير بالحكم اشد
طباقا قال الشيخ عبد العزيز وقد يجوز ان يسمى نتيجة من حيث ان دلالة النص او الاجماع لا يكون الا بعد
ان يثبت قبله فكانها نتيجة والنص والاجماع اصل ولو فسرت بالحكم لا يوهم ان الاجماع منعقد عليه قصدا
وليس كذلك وكذلك فسرت بالدلالة وقوله ولو زاد الدم على عشرة ايام تعرض منه لما هو المتفق عليه فان الدم
اذا زاد على عشرة ايام ولها عادة معروفة دون العشرة ردت الى ايام عادتها باتفاق اصحابنا واما ان زاد
على عادتها المعروفة دون العشرة ردت الى ايام فقد اختلف فيه المشايخ فذهب ائمة بلخ الى انها تؤمر بالاغتسال
والصلوة لان حال الزيادة متردد بين الحيض والاستحاضة لانه ان انقطع الدم قبل العشرة كان حيضا وان
جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك الصلوة مع التردد وقال مشايخ بخارا لا تؤمر بالاغتسال والصلوة
حتى يتبين امرها فان جاوزت العشرة امرت بقضاء ما تركت من الصلوات بعد ايام عادتها قال
في المجتبى وهو الاصح قوله والذي زاد يعني على العادة المعروفة استحاضة لقوله عليه السلام المستحاضة تدع
الصلوة ايام اقرائها وجه الاستدلال ان من زاد دمها على عشرة فهي مستحاضة والمستحاضة تدع الصلوة ايام
عادتها المعروفة فما زاد عليها لا تدعها فيه والا لم يبق للاضافة فائدة وقوله ولان الزائد دليل آخر وتقريره الزائد
على العادة يجانس الزائد على العشرة وكل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق به فالزائد على العادة يلحق بالزائد على العشرة
من حيث الندرة وكونهما زائدين على العادة المعروفة وعورض بان الزائد على العادة يمكن ان يكون حيضا

بخلاف الزائد على العشرة فانه يتجانسان وبعبارة اخرى وهو ان ما زاد على العادة يجانس العادة في كونهما في مدة
الحيض فيعارض التجانس والجواب انهما لو اتحدا في امكان الحيض او عدمه كانا متماثلين ولم ندع ذلك وان
التجانس بين الزائدين من وجهين كما ذكرنا وبين الزائد والعادة من وجه واحد كما ذكرتم فكان ما ذكرنا ارجح
واما ان كل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق به فلان الجنسية علة الضم قوله وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة
روي مبنيا للفاعل ومبنيا للمفعول واختار صاحب النهاية وجعل المستحاضة من باب حرج واعمى لانه لا اختيار
لها وجعل مستحاضة نصبا على الحال المقدرة كقوله تعالى فادخلوها خالدين لان الاستحاضة حال الابتداء دون
الدم لم يثبت وانما يثبت بالزيادة على العشرة ولكن يعلم عند الزيادة على العشرة انها كانت مقدرة الاستحاضة
عند ابتداء رؤيتها الدم وقوله لانا عرفناه حيضا اي عرفنا الدم المرئي في العشرة حيضا فلا يخرج عن كونه
حيضا بالشك وتقديره ان المرئي في العشرة حال وجوده حكمنا بكونه حيضا ولهذا انقطع الدم على العشرة
حكمنا بكون كله حيضا فاذا زاد الدم على العشرة وقع الشك في كون الزائد على الثلثة حيضا ولهذا لو انقطع
اولا فلا يزول ذلك اليقين بهذا الشك الذي حدث الآن فصل لما كان
الحيض اكثر وقوعا قدمه ثم اعقبه الاستحاضة لانه اكثر وقوعا من النفاس باعتبار كثرة اسبابها فانها تكون
استحاضة بما اذا رأت الدم حالة الحبل او زاد الدم على العشرة او زاد على معروفها وجاوز العشرة او رأت دون
الثلث او رأت قبل تمام الطهر او رأت قبل ان تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة بخلاف النفاس فان سببه
واحد وقدم حكم الاستحاضة ومن بعدها على نوعيها لان المقصود بيان الحكم ومن به سلس البول هو من لا يقدر على
استمساكه والرعاف الدم الخارج من الانف والجرح الذي لا يرقأ اي الذي لا يسكن دمه من رقاء الدم سكن وقوله
يتوضؤن لوقت كل صلوة هو حكم المسئلة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل
والنذور والواجبات عندنا وقال الشافعي يتوضأ لكل صلوة مكتوبة واستدل بقوله عليه السلام المستحاضة
يتوضأ لكل صلوة وبان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة ولا ضرورة بعد ادائها فلا اعتبار بهذا الطهارة
منها فان قيل كل صلوة اعم من كونها مكتوبة او غيرها فالتقييد بالمكتوبة تحكم وكان لا ضرورة بعد اداء المكتوبة
لا ضرورة في النوافل لانه لا حرج في تركها فاعتبار عدمها بالنسبة الى المكتوبة دونها ايضا تحكم اجيب بان قوله
لكل صلوة مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو المكتوبة فينصرف اليها وان الحاجة في حق النوافل لم
يرتفع لانها غير موضوع في كل وقت وفي الزام الطهارة حرج بين وردّ بانا لا نسلم ان صلوة ههنا مطلق بل عام
بدخول كلمة كل ولا يمشي ما ذكرتم وبان طهارتها بعد اداء المكتوبة ان كانت باقية تساوت الفرائض والنوافل
في جواز الاداء بها وان لم يبق تساوتها في عدم جواز بها وفيه نظر ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت
كل صلوة وهو اي الوقت اذ الاول اي بالادوان الثاني لان اللام تستعار للوقت فيقال آتيك لصلوة الظهر
اي وقتها وكان ما رواه نصا محتملا للتأويل وما رويناه مفسرا لا يحتمله فيترجح عليه كما عرف في موضعه على ان
الحفاظ اتفقوا على ضعف حديثه حكاه النواوي في المهذب وقوله ولان الوقت اقيم مقام الاداء دليل معقول
والشافعي قالوا معنا وما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير وهو قوله ثم في تقدير طهارتها بالصلوة بعض
الحرج لان الناس يتفاوتون في اداء الصلوة فمنهم مطول لها ومنهم غير مطول فلم يمكن ضبط فقدرنا طهارتها
بالوقت دفعا للحرج وفيه نظر لانا اذا قدرنا طهارته بكل شخص باداءه ارتفعت الجهالة والحرج والجواب ان ارتفاع

الحرج ممنوع فانا اذا قدرنا طهارة دم كل مخصوص بادائه ووضينا الفراغ عنه واوجبنا عليه وضوء آخر لكل ما يطلب من قضاء او واجب او نذر في وقته او مكتوبة اخرى في وقت آخر تحقق الحرج في موضع التخفيف فان اعتبار طهارته ليس الا رخصة وتخفيفا وذلك خلف باطل واذا قام الوقت مقام الاداء يدار الحكم عليه لان الشيء اذا قام مقام شيء آخر كان المنظور اليه ذلك الشيء وقد عرف ذلك في موضعه فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم ولستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى عند علمائنا الثلثة قيل قوله واستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى مستدرك لان بطلان الوضوء يستلزم وجوب ابتدائه وقد لا يستلزمه كالمتيمم لصلوة الجنازة في المصر فانه اذا صلى عليها بطل تيممه بالنسبة الى غير صلوة الجنازة وبقيت في حق جنازة اخرى حضرت وبفوت الصلوة عليها ان اشتغل بالوضوء وغير محل كما ترى ويجوز ان يكون تأكيدا ويجوز ان يكون الاول لبيان المذهب والثاني لنفي قول زفر فانه يقول استأنفوا اذا دخل الوقت ويجوز ان يكون كالتفسير للاول فانه لما قال بطل وضوءهم ربما يقول متعنت ان الوضوء كان باطلا بالحدث السابق فتبين ان المراد ببطلان الوضوء وجوب استيناف وضوء آخر لا البطلان المعهود قوله وان توضأوا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر بيان موضع الخلاف فعند ابي حنيفة ومحمد ما ذكر وعند ابي يوسف وزفر حتى يدخل وقت الظهر ولما كان ذكر ابي يوسف مع زفر في هذه المسئلة كالمناقض لما ذكر من قوله فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى وهو عند علمائنا الثلثة احتاج الى بيان الاصل المبني عليها فقال وحاصله اي حاصل ما ذكرنا من الاختلاف في هذه المسئلة ان طهارة المعذور ينتقض بخروج الوقت اي عنده بالخروج بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله فقط عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف رح وانما قال اي عنده لان خروج الوقت ليس من صفات الانسان فضلا ان يكون حدثا وكان الانتقاض بالحدث السابق لكن الوقت مانع فاذا زال ظهر اثر الحدث فكان النسبة الى الخروج مجازا واعترض بان الانتقاض لو استند الى الحدث السابق لكن الوقت مانع فاذا زال ظهر اثر الحدث فكان النسبة الى الخروج مجازا واعترض بان الانتقاض لما وجب القضاء على من شرع في التطوع ثم خرج الوقت لانه ظهر انه شرع فيها بلا طهارة والجواب ما ذكرنا ان الوقت قيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا كان الحكم دائرا عليه كان الانتقاض مقتصرا من ذلك الوجه فكان ظهورا من وجه اقتصارا من وجه فعملنا بالوجهين جميعا فجعلناه اقتصارا في القضاء وظهورا في حق المسح حتى ان المستحاضة لا تمسح على خفيها بعد خروج الوقت اذا كان الدم سائلا وقت الوضوء واللبس او عند احدهما لان طهارتها اذا انتقضت استند الى الحدث السابق ولم نعكس الاقتصار والظهور عملا بالاحتياط فان الاحتياط فيه دون عكسه وقوله وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس انما انحصرت فيهما لان في الاولى دخولا بلا خروج فلا ينتقض عند ابي حنيفة ومحمد حتى يذهب وقت الظهر وينتقض عندهما وفي الثانية خروجا بلا دخول فينتقض عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ولا ينتقض عند زفر هذا ما يدل عليه ظاهر كلام المص كما ترى وقال فخر الاسلام في طهارتها لا ينتقض عند ابي حنيفة بدخول بلا خروج وتنتقض بخروج بلا دخول كما هو قولهما وقال فيما اذا توضأت قبل الزوال ودخل وقت الظهر انما يحتاج الطهارة لاجل الظهر عندهما لا لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده بل لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقديمها على الوقت وقال في طرف زفر والصحيح من مذهبه ان شيئا منهما لا ينقض الخروج والدخول ليس بحدث وانما لم ينتقض الطهارة بطلوع الشمس

لان قيام الوقت جعل عذرا وقد بقيت شبهته حتى لو قضى صلوة الفجر قضاها مع سنتها فكان كالخروج بدخول وقت آخر ولم يوجد فبقيت شبهته فصلحت لبقاء حكم العذر تخفيفا قال صاحب النهاية وبهذا التقرير يعلم ان العلماء الاربعة كلهم يتفقون على ان الحدث السابق انما يعمل عند خروج الوقت لا غير الا ان عند ابي يوسف تقديم الطهارة على الوقت غير معتبر لعدم الحاجة فيجب عليها الوضوء ثانيا بعد دخول الوقت وعند زفر لم يوجد الخروج من كل وجه ما لم يدخل مكتوبة اخرى فلذلك يجب عليها الوضوء بعد دخول الوقت عنده ايضا واقول لم يظهر لذلك فائدة في المسائل لانها لا تظهر الا في الصورتين المذكورتين فان اعتبرت ما ذكره المص صح ولو اعتبرت ما ذكره فخر الاسلام صح فلم يكن الاختلاف بينهما الا في التخريج والتعويل على تصحيح النقل لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا يعتبر فان قيل فيما المعتبر كيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت اجيب بان عدم الاعتبار انما هو بالنسبة الى الوقتية لا مطلقا فانها معتبرة في حق قضاء الفوائت والنوافل فكان نقضا باعتبارها ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة على الوقت لقيامه مقام الاداء كما تقدم فلا يعتبر قبله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وليس الكاف للتشبيه بل للمفاجأة اي المفاجئ لكن الاداء دخول الوقت وهذا لان الوقت قائم مقام الاداء كما مر فتقديمها على الاداء واجب فكان تقديمها على خلفه جائزا حطا لرتبته عن رتبة الاصل فان قلت في عبارة المص تسامح لانه قال لا بد من تقديم الاداء الطهارة وذلك يستلزم الوجوب لا محالة وليس التقديم واجبا والجواب ان المضاف محذوف اي لا بد من جواز تقديم الطهارة واذا كان كذلك لم يكن الدخول صالحا للظهور الحدث عنده لكونه محققا للحاجة واما خروج الوقت فدليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده لكونه محققا للحاجة واما خروج الوقت فدليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده قوله والمراد بالوقت وقت المفروضة اي المراد بالوقت الذي اعتبر خروجه ودخوله وقت المفروضة قوله عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله وهو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ليس له ان يصلي الظهر بها لانه خرج وقت صلوة واجبة لان صلوة العيد واجبة قوله لانها يعني صلوة العيد بمنزلة الضحى من حيث انها ليست بفروضة حتى قال بعض المشايخ انها صلوة الضحى اديت بجماعة قوله فعندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر وان كان الحكم عند الجميع كذلك لما ان الشبهة تأتي على قولهما لان عندهما لما ان تقديم الطهارة على الوقت لا ينتقض بالدخول ومع ذلك ليس له ان يصلي العصر بهذه الطهارة لما ان هذا دخول مشتمل على خروج فيكون انتقاضها بالخروج قبل ما تم وضع المسئلة في الظهر ليتبين انه ليس بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل وما روى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة ان ظل كل شيء اذا كان مثله خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر ليس بصحيح قال والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة لما فرغ من بيان احكام المستحاضة عرفها بقوله هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه قال الامام الترتاشي والامام حميد الدين الضرير وغيرهم ان هذا تعريف للمستحاضة في حالة البقاء واما في الثبوت فيشترط دوام السيلان من اول الوقت الى آخره اعتبارا بالسقوط فانه لا يثبت حتى ينقطع في الوقت كله وهو مشكل على كل حال لانه ان كان تعريفا لها في الابتداء والانتهاء على ما يدل عليه ظاهر كلام المص فانه ينتقض بالحائض لانها قد يكون على وجه لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وبما اذا رأت الدم في اول الوقت ثم انقطع ثم توضأت ودام الانقطاع حتى خرج الوقت فان التعريف صادق عليها وليست بمستحاضة بدليل عدم انتقاض طهارتها

بخروج الوقت والمستحاضة ينتقض طهارتها بذلك والدليل على عدم انتقاض طهارتها ما ذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط
الكبير وقال اذا توضأت المستحاضة في وقت العصر والدم منقطع وصلت ركعتين ثم دخل وقت المغرب ثم سال الدم فعليها ان
تتوضأ وتبني على صلوتها لان انتقاض الطهارة كان بالحدث لا بخروج الوقت ولم يوجد منها اداء شيء من الصلوة
بعد الحدث فجاز لها ان تبني وان كان تعريفها في الانتهاء فقط كما قالوا فكذلك ويلزم اختلاف حقيقة الشيء بالنسبة
الى الحالتين والحقايق لا تختلف ولعل الصواب ان يقال في تعريفها المستحاضة من ثبت عذرها باستمرار الدم
من فرجها وقت صلوة كاملا ليس من اوقات الحيض والنفاس ثم لا تخلو عنه حتى توضأت فيه ان دام **وقوله** من ثبت
عذرها بمنزلة الجنس **قوله** باستمرار الدم احتراز عن غيرها ممن به انفلات ريح وانطلاق بطن وغيرهما
وقوله من فرجها احتراز عما اذا ثبت عذرها باستمرار الدم من انها او جرح لها فانها بمعناها **قوله** وقت صلوة
كاملا بيان ثبوت عذرها ابتداء **وقوله** ليس اي ليس ذلك الوقت من اوقات الحيض والنفاس احتراز عما ورد على
التعريف الاول من النقض بصورة الحيض والنفساء كالحايض في الورود **وقوله** ثم لا تخلو اي المستحاضة عنه
اي عن الدم منذ توضأت فيه اي في الوقت لبيان ان الاستمرار ليس بشرط في البقاء ولاخراج ما ورد من النقض
بقوله وبما اذا رأت الدم في اول الوقت ثم انقطع فان الدم فيه كان قبل الوضوء والمعتبر ان يكون بعده او عنده
وقوله ان دام يعني الحدث لبيان ان ثبوت كونها مستحاضة لا يتوقف على قوله ثم لا يخلو عنه الى آخره وانما ذلك
للبقاء وباستمرار الدم في وقت كامل ثبت ذلك ان انقطع في الوقت الثاني بالكلية **وقوله** وكذلك كل
من هو في معنى الاستحاضة اي يكون حكمه حكمها **قوله** وهو من ذكرناه يعني قوله ومن به سلس البول والرعاف الدائم
والجرح الذي لا يرقأ **قوله** ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح عطف على قوله من ذكرناه واستطلاق البطن
مشيه والانفلات خروج شيء فلتة اي بغتة لان الضرورة بهذا اي بما ذكرناه من الاحداث تتحقق وهي اي
الضرورة تعم الكل فيكون حكم الكل حكم المستحاضة ولو اريد تعريفها المعذور قيل هو من حصل به دوام حدث وقت
صلوة كاملا ثم لا يخلو عنه منذ توضأ فيه ان دام والقيود تعريف مما تقدم

فصل النفاس

الدماء المختصة بالنساء حيض واستحاضة ونفاس والنفاس آخرها ترتيبا لما دل على ذلك فيما تقدم من ترتيب الحيض
والاستحاضة والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس وفي الاصطلاح
النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة **قوله** يعقب الولادة صفة الدم لانه لم يرد به معين فهو في معنى النكرة
قوله لانه ماخوذ فيه تسامح لانه تعليل في موضع التعريف ويندفع بانه جعل غرضا بالتسمية كانه قال سمي الدم
الخارج عقيب الولادة بالنفاس لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد
او بمعنى الدم من قولهم له نفس سائلة قال صاحب المغرب ولنا اشتقاقه من تنفس الرحم او خروج النفس بمعنى الولد
فليس بذاك وذكر في المجتبى انه مشتق من تنفس الرحم او الولادة على ما قال شاعرهم ✽ اذا نفس المولود من آل
خالد ✽ بدا كرم للناظرين قريب ✽ وقد وجد ذلك كله **قوله** والدم الذي تراه الحامل ابتداء اي حال الحبل
او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا اي بالغا نصاب الحيض وقال الشافعي هو حيض اعتبارا
بالنفاس يعني اذا ولدت ولدين في بطن واحد فرأت الدم قبل خروج الولد الثاني فانها حامل في حق الولد الثاني
وذلك نفاس عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والجامع كونهما جميعا من الرحم ولنا ان الحيض دم الرحم في
الرحم لا يوجد في الحامل لان بالحبل ينسد فم الرحم لان الله تعالى اجرى عادته بذلك لئلا ينزل ما فيه لكون المنفذ

من الفعل واعتباره بالنفاس فاسد لانه انما يكون بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد
فيما روي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم هذا اذا خرج اكثر الولد فاما اذا خرج اقله
فلا تصير نفساء وان خرج الدم لان النفاس عقيب الولد ولم يوجد الولد لا حقيقة ولا حكما هو لا حكما لان الاقل ليس له
حكم الكل وانما ابهم البعض لاختلاف وقع في الرواية روى خلف بن ايوب عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الدم الذي
تراه المرأة بعد خروج اكثر الولد نفاس وروى المعلى عن ابي يوسف بعد خروج بعض الولد وروى هشام عن محمد
بعد خروج الرأس ونصف البدن او الرجلين واكثر من نصف البدن وعنه انها لا تصير نفساء حتى يخرج جميع ولدها
وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في خروج الاكثر وهو صحيح على ما روى خلف بن ايوب
واما محمد فلم يذكر انه مع ابي حنيفة وليس على قياس مذهب محمد فان مذهبه ان النفاس انما يثبت بوضع الكل فما
لم يوجد وضع الكل كله لا يثبت النفاس فلعل المصنف اطلع على رواية فنقلها **وقوله** والسقط الذي استبان بعض
خلقه كاصبع مثلا ولد تصير المرأة به نفساء وتصير الامة ام ولد به ان ادعاه المولى والعدة تنقضي به وان
لم يستبن من خلقه شيء فلا نفاس لها ولكن ان امكن جعل المرئي من الدم حيضا بان يدوم الى اقل مدة الحيض وتقدمه
طهر تام يجعل حيضا وان لم يمكن كان استحاضة **قال** واقل النفاس لا حد له لان تقدم النفاس يقال الشيخ
الاسلام في مبسوطه اتفق اصحابنا على ان اقل النفاس ما يوجد كما ولدت اذا رأت الدم ساعة ثم انقطع عنها
الدم فانها تصوم وتصلي وكان ما رأت نفاسا لا خلاف في هذا بين اصحابنا انما الخلاف فيما اذا وجب اعتبار
اقل النفاس في انقضاء العدة بان قال لها اذا ولدت فانت طالق فقالت انقضت عدتي اي مقدار يعتبر لاقل
النفاس مع ثلث حيض عند ابي حنيفة لا يعتبر اقله بخمسة وعشرين يوما وعند ابي يوسف باحد عشر يوما وعند
محمد بساعة وهذا كما ترى يقتضي وجود الدم فان ولدت ولم تر دما فهي نفساء في رواية الحسن عن ابي يوسف
وهو قول ابي حنيفة ثم رجع ابو يوسف وقال هي طاهرة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الغسل فاما الوضوء
فواجب بالاجماع كذا في المحيط واكثر المشايخ اخذوا بقول ابي حنيفة وبعضهم اخذ بقول ابي يوسف ووجه القياس
لان النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة فاذا لم يكن لها نفاس كيف يكون نفساء ووجه قول ابي حنيفة
احوط وانما لم يقدر اقله بحد لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف
الحيض فانه اشترط فيه امتداد الدم ثلثة ايام ليعلم ان ذلك الدم من الرحم اولا اذ لا دليل على كونه من الرحم
وفي النفاس قد علم ذلك بانفتاح فم الرحم بخروج الولد **قوله** واكثره اربعون يوما ظاهر ومذهبنا مروي
عن ابن عمر وعائشة وام سلمة وام حبيبة وابي هريرة ونحوه وعند الشافعي بعرف الا سماعا وهو الموافق للمعقول
لانهم اجمعوا على ان اكثر مدة النفاس اربعة امثال اكثر مدة الحيض وقد ثبت في باب الحيض ان اكثر مدة الحيض
عشرة ايام بلياليها فكان اكثر مدة النفاس اربعين يوما وانما كان اكثر مدة النفاس اربعة امثال اكثر مدة الحيض
لان الروح لا تدخل في الولد قبل اربعة اشهر فيجتمع الدم اربعة اشهر واذا دخل الروح صار الدم غذاء
للولد فاذا خرج الولد خرج ما كان محتبسا من الدم اربعة اشهر فيجتمع الدم في اربعة اشهر في كل شهر عشرة ايام **قوله**
وان جاوز الدم الاربعين ظاهر **قوله** وان ولدت ولدين في بطن واحد يعني ان يكون بينهما اقل من ستة اشهر
قوله وان كان بين الولدين اربعون يوما احترازا عما قال بعض المشايخ فيما اذا كان بين الولدين اربعون يوما ان
النفاس فيه يكون من الولد الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وليس بصحيح وانما الصحيح ما اختاره المصنف

لان اكثر النفاس اربعون يوما فقد مضت فلا يجب النفاس بعدها ودليل كل واحد على ما ذكر في الكتاب والمنح

قوله والعدة تعلقت بوضع حمل جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة ووجهه ان العدة تنقضي بوضع حمل مضاف اليها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والحمل اسم لكل ما في البطن وما بقي الولد في بطنها موجودا كانت حاملا فلا ينقضي العدة حتى تضع الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

لما فرغ من بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها شرع في بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها لان الاولى اقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلوة بالاتفاق فكان بالتقديم اولى وتقدير كلامه باب بيان الانجاس والانجاس جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الاصل مصدر ثم استعمل اسما قال الله تعالى انما المشركون نجس وكما يطلق على الحقيقي يطلق على الحكمي الا انه لما تقدم بيان الحكمي امن اللبس فاطلقه **وقوله** وتطهيرها اي تطهير محلها من البدن والثوب والمكان الا انه لما اضاف الى ضمير الانجاس انثه والكلام في هذا الباب في مواضع في الدليل الموجب للتطهير وفي آلة التطهير وفي بيان انواع النجاسة وفي كيفية التطهير وفي القدر الذي يصير المحل به نجسا وفيما يتعذر التطهير به **قوله** تطهير النجاسة اي تطهير محل النجاسة باثبات الطهارة فيه كما ذكرنا وقيل تطهير النجاسة اي ازالتها واجب عن بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر امر بتطهير الثياب مطلقا وهو للوجوب فان قيل قال المفسرون معناه فقصر فلا يتم دليلا على ازالة النجاسة اجيب بان ذلك مجاز والاصل هو الحقيقة على ان تقصير الثياب يستلزم التطهير عادة فيكون امرا بتطهير الثوب اقتضاء واذا كان تطهير الثوب واجبا لتحسين حال المناجي ربه كان تطهير المكان والبدن كذلك لمساواة الاول المنصوص واولوية الثاني وقوله عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء الحت القشر باليد او العود والقرص بطرف الاصابع لا يقال الحديث ورد في اسماء بنت ابي بكر حين سألته عن دم الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه لانا نقول الموجب لوجوب تطهيره كونه نجسا ولا خصوصية لها بذلك فيلحق به كل ما كان نجسا ثم المعتبر طهارة المكان ما تحت قدم المصلي فان كان فيه اكثر من قدر الدرهم فالصلوة فاسدة وان كانت في موضع السجود فكذلك في رواية محمد عن ابي حنيفة وفي رواية ابي يوسف هي جائزة **وقوله** ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر **قوله** طاهر احتراز عن بول ما يؤكل لحمه فانه لا يجوز على الاصح ان التطهير بالنجس لا يكون لتضاد بين الوصفين وكذا الحكم في الماء المستعمل **وقوله** يمكن ازالتها به احتراز عن الدهن والسمن واللبن وما اشبه ذلك لان الازالة انما يكون بان يخرج اجزاء النجاسة مع المزيل شيئا فشيئا وذلك انما يتحقق فيما ينعصر بالعصر وانما ذكر الماء وان كان جواز التطهير به ثابتا بالاجماع ليعلم ان الازالة واجبة بل يجوز به وبغيره **قوله** لانه يتنجس باول الملاقاة يعني باختلاطه بالنجاسة **قوله** والنجس لا يفيد الطهارة وبه يتقوى ما ذكرنا من رواية شمس الائمة في بول ما يؤكل لحمه **قوله** الا ان هذا القياس ترك في الماء في الفروع جواب عما يقال هذا المعنى موجود في الماء ايضا فيلزم شمول الجواز او عدمه **قوله** ولهما ان المائع قالع طاهر ووجهه ان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول والماء مطهر بعلة القلع والازالة وهذه العلة موجودة في المائع واشباهه فيكون مطهرا كالماء **قوله** والنجاسة للمجاورة جواب عن استدلالهم ووجهه الحقيقة قولا بالموجب اي سلمنا انه يتنجس باول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسا لعينه بل كانت النجاسة للمجاورة جواب عن استدلالهم ووجهه الحقيقة قولا بالموجب اي سلمنا انه يتنجس باول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسا لعينه بل كانت النجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة بالعصر بقي المحل طاهرا لا يقال التعليل بالقلع لا يجوز لان النص يقتضي الغسل بالماء قال عليه السلام اغسليه

لا يحصل به تقليل يحصل حتى يطهر غسل الدم بريق بخصاف ما لم يحصل قال شمس الائمة السرخسي والاصح ان التطهير صح

بالماء لانا نقول الغسل بالماء اما ان يكون واجبا لعينه او لغيره والاول ممنوع لان المصلي اذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جازت الصلوة بلا خلاف والثاني مسلم فانه واجب للتطهير وهو يحصل باستعمال المائع حصوله باستعمال الماء على ما بيناه **قوله** وجواب الكتاب اي القدوري وهو قوله ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما **قوله** وعنه اي عن ابي يوسف في رواية الحسن بن ابي مالك عنه انه فرق وقال لا يجوز في البدن الا بالماء لان غسل البدن طريقه العبادة فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب طريقه ازالة النجاسة فلم يختص بالماء كالحت وهو ضعيف لان الكلام فيما اذا كانت النجاسة قائمة بالبدن ولا فرق بين ازالتها منه وازالتها عن الثوب

قال واذا اصاب الخف نجاسة والنجاسة اذا اصابت الخف فاما ان يكون لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني او لا يكون كالبول والخمر ونحوهما والاول اما ان حصل له جفاف او لا فان حصل له ذلك فدلك بالارض جاز اي طهر في حق جواز الصلوة استحسانا واما اذا اصابه الماء بعد ذلك هل يعود نجسا كما كان فيه روايتان وقال محمد لا يجوز الصلوة به وهو القياس اي على الثوب والبساط بجامع ان النجاسة تداخلت في الخف تداخلها فيهما والبه اشار بقوله لان المتداخل في الخف الى آخره الا في المني فانه يطهر على ما سنذكره وتقييد بالدلك بالارض رواية الحسن وذكر في الجامع الصغير انه ان حكه او حته بعد ما يبس طهر وهما استحسنا بالاثر وهو ما روى ابو سعيد الخدري في حديث خلع النعال انه عليه السلام صلى يوما فخلع نعليه في الصلوة فخلع القوم نعالهم فلما فرغ سألهم عن ذلك فقالوا رأيناك خلعت نعليك فقال عليه السلام اتاني جبريل واخبرني ان بهما اذى فخلعتهما ثم قال اذا اتى احدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور والاذى ما يستقذر كانه يؤذي من يقرب به نفرة وكراهة جعل المسح بالارض طهورا وهو مفسر لا يقبل التاويل لا يقال الحديث ساقط العبرة لانه عليه السلام لم يستقبل الصلوة لجواز ان الخلط مع النجاسة نزل في ذلك الوقت ولاحتمال ان يكون اقل من قدر الدرهم **قوله** ولان الجلد لصلابته استدلال بالمعقول وهو ظاهر وان لم يحصل لها جفاف لا يطهر حتى يغسله لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا مشى على الروث ثم مسح خفه على الارض حتى لم يبق فيه اثر النجاسة ولا رائحتها يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى يعني قوله فليمسحهما بالارض الحديث فانه لم يفرق بين الرطب واليابس وعليه مشايخنا قال شمس الائمة السرخسي وهو صحيح وعليه الفتوى للضرورة فان قيل الحديث كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وما ليس له جرم فكان الواجب ان يستويا في الحكم اجيب بانه فرق بينهما وخرج التي لا جرم لها بالتعليل وهو قوله عليه السلام فان الارض لهما طهور اي مزيل نجاستهما ونحن نعلم ان الخف اذا تشرب البول او الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه عن اجزاء الجلد فكان اطلاقه مصروفا الى القذر الذي يقبل الازالة بالمسح وهو الجرم والثاني اعني الذي لا جرم له لا يطهر الا بالغسل لان الاجزاء يتشرب ولا جاذب يجذبها وعن ابي يوسف ان ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له واذا جف فدلكه بالارض طهر كالتي لها جرم واذا اصاب الثوب لا يطهر الا بالغسل لان الثوب لتخلخله اي لكونه غير مكتنز يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل واما المني اذا اصاب الثوب فان كان رطبا فهو نجس يجب غسله وان جف على الثوب اجزأ فيه الفرك استحسانا والقياس ان لا يطهر بالفرك لانه دم الا انه نضيج تخين فهو كسائر انواع الدم لا يطهر الا بالغسل وجه الاستحسان قوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وهو حجة على الشافعي في جعله طاهرا واستدلاله بحديث ابن عباس رضي الله عنهما المني كالمخاط فامطه عنك ولو باذخرة فانه قيل اذا استدل

الشافعي بحديث ونحن بحديث فما وجه قول المصنف والحجة عليه ما رويناه فالجواب ان وجه ذلك ان حديثه لا يدل عليه لان
قوله كالمخاط لا يقتضي ان يكون طاهرا لجواز ان يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل وطهارته بالفرك والامر بالاماطة
مع كونه للوجوب يستدعي ان يكون نجسا لان ازالة الطاهر ليست بواجبة على انه موقوف عليه فلا يصح به الاحتجاج
قال عليه السلام دليل آخر على نجاسته روي انه عليه السلام مر بعمار بن ياسر وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال ما
نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك الا سواء وانما يغسل الثوب من خمس من البول والدم والغائط
والمني والقيء وفي رواية الاسرار ذكر مكان الغائط الخمر التي لا يقبل الاستدلال به فيقتضي غسله رطبا ويابسا وسلم فالمني
فكان مردودا لان حديث عائشة رضي الله عنها معترض في جواز فرك اليابس وهذا يحتمل ان يكون المراد بالرطب فحمل عليه
توفيقا بينهما ولو اصاب المني البدن قال مشايخنا يريد مشايخ ما وراء النهر يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد
لانفصال الثوب عن المني دون البدن وروي عن ابي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا
يعود ما تشربه البدن الى الجرم ولئن عاد فانما يطهر بالفرك ايضا والبدن لا يمكن فركه قال والنجاسة
اذا اصابت المرآة اذا اصابت النجاسة جسما صقيلا لا يتداخله الاجزاء كالمرآة والسيف والسكين ونحوها اكتفى
بمسحها لانه لا يتداخله النجاسة فلا يحتاج الى الاخراج من الداخل وما على ظاهره يزول بالمسح ولا فصل في ذلك
بين الرطب واليابس والعذرة والبول وذكر في الاصل ان البول والدم لا يطهر الا بالغسل والعذرة الرطبة
كذلك واليابسة تطهر بالحت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد لا يطهر الا بالغسل والمصنف اختار
ما ذكر الكرخي ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لان الصحابة كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها
ويصلون معها واذا اصابت الارض نجاسة وذهب اثرها وهو اللون والرائحة بالجفاف جازت الصلوة على
مكانها وقوله بالشمس ليس بشرط في طهارتها وانما وقع اتفاقا فان الارض في العادة تجف بالشمس وقال
زفر والشافعي لا يجوز لان النجاسة حصلت في المكان والمزيل لم يوجد ولهذا لم يجز التيمم به ولنا قوله عليه السلام
ذكوة الارض يبسها اي طهارتها جفافها اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الذكوة وهي الذبح سبب الطهارة
في الذبيحة وجعل صاحب الاسرار هذا الحديث موقوفا على عائشة رضي الله عنها وقال والمسند الذي روي عن النبي عليه السلام
في هذا قوله ايما ارض جفت فقد ذكت وصاحب المغرب جعله قول محمد بن الحنفية ولقائل ان يقول معناهما واحد
فيجوز ان يكون نقلا بالمعنى فيكون مرفوعا قوله وانما لا يجوز التيمم جواب عن قولهما ولهذا لا يجوز التيمم به لان
طهارة الصعيد شرط بنص الكتاب قال الله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد لانه لا
يفيد القطع فلا يكون الطهارة قطعية بجفاف الارض والكتاب يقتضي ذلك فان قلت اليس قد تقدم ان
طهارة المكان تثبت بدلالة قوله تعالى وثيابك فطهر والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة في كونه قطعيا حتى
يثبت الحدود والكفارات بدلالة النصوص فوجب ان لا يجوز الصلوة عليها كما لا يجوز التيمم بها اجيب بان الآية
ههنا ظنية لان المفسرين اختلفوا في تفسيرها فقيل المراد به تطهير الثوب وقيل تقصيره للمنع عن التكبر وقيل ان
العرب كانوا يحجون اذا بالهم نكيرا وقيل المراد به تطهير النفس عن المعايب والاخلاق الردية وان كان كذلك
كان تخلف الدلالة ولهذا لم يكفر من انكر اشتراط طهارة الثوب وهو قطعا فيكون الدلالة كذلك فان قيل الطيب
ايضا يحتمل الطاهر والمنبت وعلى الثاني حمله ابو يوسف والشافعي رحمهما الله ولا يكون ثابتا بدين لعدم عموم المشترك
فيكون ثابتا ولا دونه من الحجج الظنية كالعام فيجب ان يجوز التيمم اجيب بان الاستعمال في الطيب مسلم لكن الظاهر

مرادا بالاجماع كما تقدم انما الخلاف في اشتراط الاباحة فيكون اشتراط الطهارة قطعيا فلا يتأدى بطهارة
يثبت بخبر الواحد قال وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة النجاسة اما ان يكون غليظة او خفيفة
فان كانت غليظة وهي ما ثبتت بدليل مقطوع به كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار اذا كانت قدر
الدرهم جازت الصلوة معه وقوله وما دونه مستغنى عنه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة
وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير وهو قوله تعالى وثيابك فطهر لم يفصل بين القليل والكثير وقلنا القليل
منها لا يمكن التحرز عنه فان الذباب يقعن على النجس ثم يقعن على الانسان وكذلك دم البراغيث غير ممكن التحرز
وكان في القليل ضرورة ومواضع الضرورة مستثناة في دلائل الشرع فجعل عفوا وقدرناه اي القليل بقدر
الدرهم يعني ذلك لا يمنع فاذا زاد عليه منع وهو قول الشعبي اخذنا به لانه اوسع وكان النخعي يقول اذا بلغت
مقدار الدرهم منعت قوله اخذا مفعول مطلق من قدرناه لان فيه معنى الاخذ فالمراد بقدر الدرهم موضع
خروج الحدث قال النخعي استقبحوا ذكر المقاعد في مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم وجه الاخذ ما قال صاحب الاسرار
ان النبي عليه السلام قال من استجمر فليوتر ومن لا فلا حرج والاستجمار هو الاستنجاء فثبت ان الاستنجاء غير واجب
بالحجارة ولا حرج في ذلك فعلم انه سقط حكم قليل النجاسة وان ذلك القدر معفو وما ثبت ان الصحابة رضي الله عنهم
كانوا يكتفون بالاحجار في الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجي في الماء القليل نجسه فالاكتفاء
به دليل على ان القليل من النجاسة عفو ثم يروى عن محمد رح اعتبار الدرهم من حيث المساحة حيث قال في النوادر
الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه
مثقالا وهو الذي ذكره في كتاب الصلوة فقال الفقيه ابو جعفر نوفق بين الفاظ محمد فنقول ان الاولى يعني رواية
المساحة في الرقيق منها والثانية يعني رواية الوزن في الكثيف وقوله وانما كانت هذه الاشياء يعني المذكورة في
اول البحث مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به قيل بالاجماع وقيل التغليظ عند ابي حنيفة رح بان يثبت بنص لا معارض
له وعندهما ما ثبت بالاجماع وفي الكتاب اشارة الى ذلك وقيل المراد بالدليل القطعي ان يكون سالما عن الاسباب الموجبة
للتخفيف من تعارض النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورات المخففة وان كانت خفيفة وهي ما ثبت بغير مقطوع
به كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة وهو مروي عن محمد رح ايضا
لان التقدير بالكثير الفاحش لما يستكثره الناس ويستفحشونه والربع ملحق بالكل في بعض الاحكام كمسح الرأس وحلق
انكشاف العورة وغيرهما فيلحق به ههنا وبالكل يحصل الاستفحاش هكذا بما قام مقامه ثم اختلف في تفسير الثوب فقيل
ادنى ثوب يجوز فيه الصلوة كالمئزر وهو مروي عن ابي حنيفة ويقرب منه ما قال ابو بكر الرازي يعتبر السراويل احتياطا
لانه اقصر الثياب وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل وهو ما يتقدم من قول الرجل فلان شمر الذيل والكم والدخريص
وعن ابي يوسف شبر في شبر اي شبر طولا وشبر عرضا اختاره باطن الخف بمعنى ما يلي الارض من الخف فانه يطلق
شبرا في شبر فيجوز تقدير الكثير الفاحش به وهذا لان حكم النجاسة التي لها جرم ساقط العبرة في الخف الطاهر
بالمسح على قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي رواية عن محمد والمسح ان ازال العين فلا يبقى في قليل الاثر وحيث لم
يعتبر ذلك قدر به الكثير الفاحش كما قدر الدرهم بموضع الاستنجاء حتى سقط اعتباره على التبديل من النجاسة وانما
كان يعني بول ما يؤكل لحمه مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف في نجاسته على اصل ابي يوسف
لان تخفيفها عنده باعتبار تثبت من وجوه الاجتهاد او التعارض النص على اصل ابي حنيفة رح فان تخفيفها عنده

نشأ من تعارض النصين وهو معنى قوله على اختلاف الاصلين قال في النهاية انما الاصل لابي حنيفة رواية لغو اصل الا
فانها مما تراعى وادى ان تقديرها كان ينافي ذلك ولعلهم ارادوا بالتحقيق ومنع ذلك تظهر في الاروات على ما ذكره
وانما خص الاصل الاول لابي يوسف وان كان اصل محمد ايضا لان الكلام في بول ما يؤكل لحمه وليس بنجس عند
محمد فهو في هذه المسئلة خاصة اصل ابي يوسف ومن خصصه وبهذا سقط ما اورده صاحب النهاية واذا اصاب
من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة عند ابي حنيفة لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله لان
الاجتهاد فيه ساقط لان الكل يقولون بان الروث وخثي البقر طاهر وقال ابن ابي ليلى الروث ليس بنجس
قليله وكثيره لا يمنع لان ذلك وقود اهل الحرمين ولو كانت نجسا ما استعملوها كالعذرة قوله ولان فيه ضرورة
بيان ان التخفيف عندهما يثبت بشيء آخر وهو البلوى والضرورة والجواب ان اختلاف العلماء لا يخرج النجاسة
عن كونها غليظة لانه كلام يرد نص بخلافه فكان اختلافهم بناء على الرأي وهو لا يعارض النص وكذلك البلوى لا
تعتبر في موضع النص الا ترى ان البلوى في بول الحمار اكثر لانه يترشش فيصيب الثياب ومع ذلك لا يعفى اكثر من قدر
الدرهم وكذلك بول الآدمي وبعد بان الضرورة لو لم تعتبر مقابلة النص بالنجاسة لما قال ابو حنيفة بخفة نجاسة
بول ما يؤكل لحمه لانه منصوص بقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول الحديث واجيب بانه لم يقل بها للضرورة
والبلوى بل لتعارض بحديث العرنيين وقوله بخلاف بول الحمار جواب عما يقال الضرورة في بول الحمار كالضرورة
في الروث وقد قلتم بتغليظه ووجهه انا لا نسلم ذلك لان الارض تنشفه فلا يبقى على وجه الارض منه شيء يبتلى به الناس
بخلاف الروث والجواب ان الضرورة انما هي في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكتفي تلك
بتلك التخفيف فلا يخفف في نجاستها ثانيا الحاقا الروث بالعذرة فان الحكم فيها كذلك بالاتفاق ولا فرق
بين ما يؤكل لحمه وغيره عند العلماء الثلثة وزفر رحمهم الله فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير المأكول ووافقهما
في المأكول فانه قاس الخارج من احد السبيلين بالخارج من السبيل الآخر والخارج من السبيل الآخر وهو البول
يختلف باختلاف كونه ما كول اللحم وغيره فكذا الخارج من هذا السبيل قوله وعن محمد طاهر وقوله قاسوا عليه طين
بخارا قال المشايخ لا يكون الكثير الفاحش منه مانعا وان كان مختلطا بالعذرات وعند ذلك اي عند
دخوله في الري وجرجان عن الرواية المشهورة عنه في الخف انه لا يطهر بالدلك بالارض يروى قال
وان اصابه بول الفرس لم يفسد حتى يفحش كل واحد من ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مر في هذه المسئلة على اصله
في بول ما يؤكل لحمه فان الفرس ما كول عندهما وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة مخففة عند ابي يوسف لا يمنع حتى يفحش
وطاهر عند محمد لا يمنع وان فحش واما ابو حنيفة فانه يحرم اكله وجعل بوله نجسا تخفيفا لتعارض الآثار فهو حديث
العرنيين وقوله عليه السلام استنزهوا البول الحديث واعترض بان التعارض انما يتحقق اذا جهل التاريخ و
حديث العرنيين ولا لزم التقدم لان فيه المثلة فيكون منسوخا ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ سلمنا
انهما تعارضا ولكنه في بول ما يؤكل لحمه والفرس عنده غير ما كول والكراهة فيه كراهة التحريم فيكون بوله
نجسا مغلظا واجيب عن الاول بان المثلة دون العبارة وفي عبارة تعارض فترجح جانب العبارة
لتحقق التعارض وهو فاسد لان اشتمال النص على المثلة يدل على ان العبارة منسوخة فلا تعارض وبان
انتساخ المثلة لا يدل على انتساخ طهارة بول ما يؤكل لحمه لانهما حكمان مختلفان فلا يلزم من انتساخ احدهما
انتساخ الآخر وهو ايضا فاسد لان حديث العرنيين الدال على طهارة بول ما يؤكل لحمه اما ان يكون منسوخا او

فان كان الاول انتفى التعارض وان كان الثاني لم يثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله عليه السلام استنزهوا البول
عنده والامر بخلافه وعن الثاني بان حرمة الفرس عنده لم يكن لنجاسة بل تحرزا عن تقليل مادة الجهاد فكان لحمه
طاهرا عنده ولهذا قال بطهارة سؤره وهذا يلزم منه الانقطاع لان اول الكلام كان مبنيا على ان بول
غير ما كول اللحم عنده نجس غليظ فاذا ورد عليه ما ذكر فيه يكون الحرمة للنجاسة وقد عرف بطلان ذلك في اصول
الفقه ولصعوبة التفصي عن هذا المقام ذهب بعض المحققين الى ان المراد بتعارض الآثار التعارض في لحمه فانه
روي انه عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال وروي انه عليه السلام اذن في لحوم الخيل وهذا يوجب التخفيف في بوله
لانه ما كول من وجه فلا يكون كبول الكلب والحمار وما الكلام فيه كالكلام فيما قبله لان المبيح منسوخ كما في الحمار فان
اصابه خرء ما يؤكل لحمه من الطيور كالصقر والبازي والحدأة اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة يعني انه طاهر عندهما وهو المنقول عن الكرخي نجس عند
محمد كالنجو وقد قيل في المقدار يعني انه نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند ابي حنيفة غليظ عندهما وهو المنقول عن
ابي جعفر الهندواني وفيهم من لفظ المصنف ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في الروايتين جميعا وهكذا ذكر فخر الاسلام
في الجامع الصغير وهو خلاف ما في المنظومة والمختلف فان فيهما ان ابا يوسف مع ابي حنيفة على رواية الكرخي ومع
محمد على رواية الهندواني قوله هو يقول التخفيف للضرورة على طريقة الهداية وفخر الاسلام وهو طاهر ولو وقع
في الآنية قيل يفسد لامكان صون الاواني عنه وبه اخذ ابو بكر الاعمش وقيل لا يفسد لتعذر صون الاواني
عنه وبه اخذ الكرخي وان اصابه من دم السمك فاحش وقوله ليس بدم على التحقيق لان الدم على التحقيق يسود
اذا شمس ودم السمك يبيض ولهذا يحل تناوله من غير ذكوة ودعوى المعلى عن ابي يوسف انه اعتبر الكثير الفاحش فان
انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء اي بشيء يوجب الغسل على المصلي لانه لا يستطاع الامتناع
لاسيما في مهب الريح وقد سئل ابن عباس عن ذلك فقال انا لنرجو من عفو الله اوسع من هذا وعن ابي جعفر الهندواني
ان قول محمد مثل رؤس الابر دليل على ان الجانب الآخر من الابر معتبر ومنهم من المشايخ قالوا لا يعتبر الجانبان
جميعا لدفع الحرج قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية والحصر ضروري لدورانه بين النفي والاثبات
وذلك لان النجاسة بعد الجفاف اما ان يكون مستجسدة كالغائط والدم او غيرهما كالبول ونحوه وطهارة
الاولى زوال عينها من غير اشتراط عدد فيه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها قوله الا ان يبقى
من اثره لونه ورائحته ما يشق ازالته بالاحتياج في الازالة الى غير الماء كالصابون والاشنان فان ذلك لا يمنع
الجواز وهو استثناء العرض من العين وهو الغير فيكون منقطعا والاصل في ذلك ان ازالة ذلك حرج
وهو موضوع وفيه اشارة الى ان عينها ان زالت بمرة واحدة لا يحتاج الى الغسل بعده قوله فيه كلام الى خلاف
المشايخ كان ابو جعفر يقول بعد زوال العين النجاسة يغسل مرتين لانه التحق بغير مرئية غسلت مرة فيغسل
مرتين وطهارة الثانية ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر وكلامه ظاهر وقوله وتأيد ذلك بحديث
المستيقظ من منامه فانه ذكر فيه حتى يغسلها ثلثا وقد تقدم قوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن محمد
في غير رواية الاصول ايضا انه يكتفي بالغسل مرة وهذا فيما ينعصر بالعصر اما في غيره كالحصير ونحوه فان ابا
يوسف يقول يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة فيطهر لان للتجفيف اثرا في استخراج النجاسة فيقوم مقام العصر
اذ لا فرق بينهما والحرج موضوع ومحمد لا يطهر ابدا لان الطهارة بالعصر وهو مما لا ينعصر فصل

في الاستنجاء قيل لم يذكر بعد الاستنجاء عند ذكر سنن الوضوء وان كان من اقوى سننه لانه اراد بهذا الوضوء الوضوء عن النوم لا عن البول والغائط والاستنجاء لهذا الوضوء ليس بسنة وانما قلنا ذلك لان الله تعالى بدأ بالوضوء عن النوم هكذا جاء عن بعض الصحابة فانه كان يقرأ يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلوة والاولى انما ذكره ههنا لان الاستنجاء ازالة النجاسة العينية فذكره ههنا انسب وفي المغرب نجا وانجا اذا احدث واصله من النجوة وهو المكان المرتفع لانه لا يستتر بها وقت قضاء الحاجة ثم قالوا استنجى اذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن او غسله وهو سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه والمواظبة مع الترك دليل السنية ويجوز بالحجر وما يقوم مقامه من المدر والتبن والقطن وغيرها في التنقية وكيفيته ان يمسح الموضع حتى ينقيه لان الانقاء هو المقصود فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من التثليث لقوله عليه السلام في حديث ابي ايوب الانصاري وليستنج بثلثة احجار امر والامر للوجوب فالحديث يدل على وجوبه بكيفية معلومة ولنا ما روى ابو هريرة رضي الله عنه عن قوله عليه السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج وهو يدل على نفي الوجوب والعدد لانه قال فليوتر والايتار يقع على الواحدة وقال ومن لا فلا حرج نفى الحرج عن ترك الاستنجاء اصلاً فدل انه لا يجب وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع فلا يصح الاستدلال به او يحمل الامر على الاستحباب توفيقا بين الحديثين وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء يعني اهل قباء **وقوله** ثم هو اي غسله بالماء ادب لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يستنجي بالماء مرة وتركه اخرى وهذا حد الادب وقيل هو سنة في زماننا لان اهل الزمان الاول كانوا يبعرون واهل زماننا يثلطون ثلطا هكذا روي عن الحسن البصري قوله الا اذا كان موسوسا بالكسر والوسوسة حديث النفس وانما قيل موسوس لانه تحدث بما في ضميره فيتقيد بالثلث في حقه كما في غير المرئية لان البول غير مرئي والغائط لا يرى المستنجي وكانت بمنزلة البول وقيل بالسبع اعتبارا بالحديث الذي ورد في ولوغ الكلب **وقوله** ولو جاوزت النجاسة مخرجها قيل بان يتلطخ نفسه وما حوله من موضع المسح لم يجز الا الماء وفي بعض نسخ المختصر الا المائع **وقوله** وهذا يعني قوله الا الماء والا المائع يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء يعني قوله الا الماء يدل على ان ازالة النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز الا بالماء وقوله الا المائع يدل على ان ازالته يجوز بالمائع الذي يمكن به ازالة النجاسة **وقوله** على ما بيناه اي في اول باب الانجاس **وقوله** وهذا اي الذي قلنا من اشتراط المائع اذا جاوزت النجاسة مخرجها لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء بالضرورة فتقدر بقدرها فلا يتعدى الى غيره فلا يجوز الا الماء او المائع قوله ثم يعتبر المقدار المانع ظاهر **وقوله** اعتبارا لسائر المواضع ان في سائر المواضع قدر الدرهم عفو فما زاد عليه يكون مانعا فكذا في موضع الاستنجاء والباقي ظاهر

كتاب الصلوة

قد تقدم في اول الكتاب وجه تقديم الصلوة على سائر المشروعات بعد الايمان وهي في اللغة عبارة عن الدعاء وفي الشريعة عبارة عن الاركان المعهودة والافعال المخصوصة وسميت بالصلوة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهي من المنقولات الشرعية وسبب وجوبها اوقاتها والامر طلب اداء ما وجب في الذمة بسبب الوقت وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير وشرائطها الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية وتكبيرة الافتتاح فان قلت جعلت الوقت سببا فكيف يكون شرطا قلت هو سبب الوجوب وشرط للاداء واركانها القيام والقراءة والركوع والسجود والقعدة الاخيرة مقدار التشهد وحكمها سقوط الواجب

بالاداء في الدنيا ونيل الثواب الموعود في الآخرة وهي فريضة قطعية ومشروعيتها ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى اقيموا الصلوة وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى فانه يدل على فرضيتها وعلى كونها خمسا لانه امر بحفظ جميع من الصلوات وعطف عليها الصلوة الوسطى واقل جمع يتصور معه وسطى هو الخمس وبالسنة وهو قوله عليه السلام ان الله فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا رد راد فمن انكر شرعيتها كفر بلا خلاف

باب المواقيت

المواقيت جمع ميقات والميقات ما وقت به اي حدد من زمان كمواقيت الصلوات او مكان كمواقيت الاحرام وانما ابتدأ ببيان الوقت لانه سبب للوجوب وشرط للاداء وكان لرجحان في التقديم وقدم من بينها وقت الفجر لانه متفق عليه في اوله وآخره ولان صلوة الفجر اول من صلاها آدم عليه السلام حين اهبط من الجنة واظلم عليه الدنيا وجن الليل ولم يكن يرى قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكرا لله تعالى الركعة الاولى للنجاة من ظلمة الليل والثانية شكرا لرجوع ضوء النهار وكان ذلك سبب كونها ركعتين وفرضت علينا فلما كانت اول صلوة صلاها الانبياء قدمها في الذكر واول وقتها اذا طلع الفجر الثاني اي الفجر الصادق وهو البياض المنتشر في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس والفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو في السماء ويعقبه ظلام وتسميه العرب ذنب السرحان قيل هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على الجزء لان قوله ما لم تطلع الشمس يتناول من وقت طلوع الفجر الى طلوع الشمس وليس براد بل المراد جزء قبيل طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبريل عليه السلام عند البيت صلى بي الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وصار الفيء مثل الشراك وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي المغرب حين غابت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الفجر حين طلع الفجر وصلى بي الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه وصلى بي المغرب حين غربت الشمس لوقته بالامس وصلى بي العشاء حين مضى ثلث الليل وقال نصف الليل وصلى بي الفجر حين طلع الفجر واسفر وكادت الشمس ان تطلع ثم قال يا محمد هذا وقتك ووقت الانبياء من قبلك والوقت ما بين هذين الوقتين واعترض بان قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي ان لا يكون الاول والآخر وقتا وذلك خلاف المطلوب واجيب بانه لو اقتضى ذلك كان الصلوة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن تعليما للوقت وانما اصحابه ليس الوقت منحصرا فيهما بل بما فعلنا بيان الحاصرين وما بينهما وقت ايضا فكان الفعل بيانا للطرفين والقول لما بينهما

قوله ولا معتبر بالفجر الكاذب ظاهر **قوله** اذا زالت الشمس قيل احسن ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع انه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف لا يزداد ولا ينقص فهو ساعة الزوال التي هي عبارة عن فيء الزوال واذا اخذ الظل في الزيادة فليعلم ان الشمس قد زالت كذا في المبسوط وفي المحيط فاذا اخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت فخط على رأس موضع الزيادة ويكون من رأس الخط الى العود في الزوال ثم هو مختلف باختلاف الامكنة والاوقات حتى في اطول ايام السنة لا يبقى بمكة في ذلك الوقت ظل على الارض وكذا بالمدينة تأخذ الشمس الحيطان الاربعة وذلك الذي من حقيقة التعديل بالظل بل المعتبر سواء **وقوله** وآخر وقتها عند ابي حنيفة اذا صار ظل كل شيء مثليه اعلم ان الروايات عن ابي حنيفة اختلفت في آخر وقت الظهر وروي عن محمد اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى في الزوال

قوله فان قيل كيف اذا زالت الشمس دخل وقت الظهر واذا صلى بعده بمقدار اربع ركعات دخل وقت العصر فكان الوقت مشتركا بينهما الا ان يصير الظل مثليه فلا يبقى للظهر وقت على ما قاله جبريل عليه السلام انه صلى الظهر في اليوم الثاني في وقت صلوة العصر في اليوم الاول ... هذا القول ... ما روي انه وقع الظهر في آخر وقته متى يخرج وقت صلوة العصر ... فظن الراوي انه صلاها في وقت واحد **بيوك**

خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو الذي عليه ابو حنيفة وروى الحسن بن زياد عنه اذا صار ظل كل شيء
مثله سواه خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وروى اسد
بن عامر عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سواه خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه وعلى
هذا يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر قال الكرخي وهذه اعجب الروايات التي لم تقتضيها
الاخبار قوله آخر الوقت اذا صار ظل كل شيء مثليه فيه تسامح لان آخر الشيء منه واذا صار ظل كل شيء مثليه خرج
وقت الظهر عنده وكذا اذا صار مثله عندهما الا ترى الى ما في المنظومة والعصر حين المرء يلقى ظله قد صار
مثليه وقالا اشبه وتاويله آخر الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد بخطوط واخر وقت
المغرب حين تغيب الشفق ولا شك ان بغيبوبة الشفق يتحقق الخروج وقوله لما امامة جبريل اختلف نسخ الهداية
ففي بعضها في اليوم الاول امامة للعصر في اليوم الاول في هذا الوقت وفي بعضها في اليوم الثاني اي امامته
للظهر وفي بعضها امامته للعصر في اليوم الثاني في هذا الوقت اي الوقت الذي جعله ابو حنيفة وقت الظهر وهو
اذا صار ظل كل شيء مثله وقوله ولقوله عليه السلام اي بما روى ابو سعيد عنه ابردوا بالظهر فان شدة الحر من
فيح جهنم اي ادخلوا الصلوة في البرد يعني صلوها اذا سكنت شدة الحر وقوله من فيح جهنم اي من شدة حرها
واشد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت يعني اذا صار ظل كل شيء مثله وهذا معارض بحديث امامة جبريل
لان امامته عليه السلام في صلوة العصر في اليوم الاول فيما اذا صار ظل كل شيء مثله دلت على خروج وقت الظهر والامر
بالابراد دل على عدم خروجه لان شدة الحر في ديارهم كان في ذلك الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقض الوقت
الثابت بيقين بالشك قيل اول من صلى بعد الزوال ابراهيم عليه السلام حين امر بذبح الولد صلى اربعا الاولى
شكرا للذهاب غم الولد والثانية شكرا لنزول الفداء والثالثة لرضى الله تعالى حين نودي قد صدقت الرؤيا
والرابعة لصبر ولده على تجرع الذبح وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا قوله واول وقت العصر اذا خرج
وقت الظهر على القولين اي قول ابي حنيفة في الرواية المشهورة عنه وهو قول صاحبيه فعنده اذا صار ظل كل شيء
مثليه سوى فيء الزوال دخل وقت العصر وعندهما اذا صار ظل كل شيء مثله وآخر وقتها غروب الشمس لقوله عليه
السلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها كما ذكر في الصحيحين قيل واول من صلى العصر يونس عليه السلام
حين نجاه الله من اربع ظلمات وقت العصر ظلمة الزلة وظلمة الليل وظلمة الماء وظلمة بطن الحوت فصلاها شكرا لله تعالى
وامرنا بها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله وقت المغرب مقدار ما
يصلي فيه ثلث ركعات وهو احد قوليه قال الغزالي في وقت المغرب قولان احدهما انه يمتد الى غروب الشفق
واليه ذهب احمد بن حنبل والثاني انه اذا مضى بعد الغروب وقت وضوء واذان واقامة وقدر خمس ركعات
فقد انقضى الوقت وقال في الخلاصة قدر ثلث ركعات وعلى هذا فما ذكر المص من جهته ليس بكاف فاستدل بامامة
جبريل في اليومين في وقت واحد وذلك لان الوقت لو كان ممتدا لم يؤم جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد
لانه كان يعلم اول الوقت وآخره ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه اول المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين تغيب
الشفق وما رواه من امامة جبريل في اليومين في وقت واحد كان للتحرز عن الكراهة لان تاخير المغرب الى آخر الوقت
مكروه ثم اختلفت العلماء في الشفق فقال ابو حنيفة هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة وهو قول ابي بكر ومعاذ
وانس وابن الزبير رضي الله عنهم وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رواه عنه اسد بن عمرو وهو قول ابن عمر وشداد

بن اوس وعبادة بن الصامت رض وبه اخذ الشافعي واستدل بقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة ولابي حنيفة
ما رواه ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق ولا يحصل السواد
في الافق الا بعد زوال البياض وما رواه يعني قوله عليه السلام الشفق هو الحمرة موقوف على ابن عمر ذكره في الموطا
والموقوف لا يصلح حجة وقيل اي في الشفق اختلاف الصحابة كما ذكرنا قيل يعني كلامه ان التمسك بالحديث فيما اختلف
فيه الصحابة لا يجوز لان عدم التمسك به دليل عدم القبول او دليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك في ذلك الموقوف وفيه نظر
لانه حينئذ يشترك الالزام قيل واول من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام حين خاطبه الله تعالى بقوله أأنت قلت
للناس اتخذوني الآية وكان ذلك بعد غروب الشمس فالاولى لنفي الالوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته
والثالثة لاثباتها لله قيل فيه نظر واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لما روى ابو
هريرة رضي الله عنه انه صلعم قال آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر قال المص رح وهو حجة على الشافعي رح في تقديره بذهاب
ثلث الليل قطعا وهنا واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت الثابت يقينا بالشك كما تقدم او نقول امامة جبريل
لم يكن لبيان آخر الوقت بل للاثبات الا ان فيه الا ترى انه عليه السلام ام في اليوم الثاني
حين اسفر والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس واذا لم يكن للنفي بقي ما رويناه سالما عن المعارض فيكون حجة قيل
واول من صلى العشاء موسى عليه السلام حين خرج من مدين فضل الطريق وكان في غم المرأة وغم اخيه هرون
وغم عدوه فرعون وغم اولاده فلما انجاه الله من ذلك كله نودي من شاطئ الوادي الايمن صلى اربعا تطوعا
وامرنا بذلك وهذه الاقوال التي ذكرتها عقيب كل صلوة وجدتها في شرح شيخي العلامة قوام الدين الكاكي ثم منه
غرائب الفضل مع زيادات فعليها فخض قوله واول وقت الوتر بعد العشاء وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر عندهما
لقوله صلى الله عليه وسلم فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر وعند ابي حنيفة رح وقته وقت العشاء لان الوتر
عنده فرض عملا والوقت اذا جمع بين صلوتين واجبتين كان وقتا لهما جميعا كالفائتة مع الوقتية فان قيل
كان وقت الوتر وقت العشاء لجاز تقديمه على العشاء اجاب بقوله الا انه لا يقدم عليه عند التذكر يعني اذا لم
يكن ناسيا للترتيب وعلى هذا اذا اوتر قبل العشاء متعمدا اعاد الوتر بلا خلاف وان اوتر ناسيا للعشاء ثم
تذكر لا يعيد عنده لان النسيان يسقط الترتيب ويعيد عندهما لا تبعيته للعشاء كركعتي السنة ولو قدم
الركعتين لم يجز عامدا كان او ناسيا فكذلك الوتر فصل لما فرغ عن ذكر مطلق الاوقات
شرع في بيان الكامل منها والناقص وجعل لكل منهما فصلا على حدة وقدم الاوقات المستحبة على المكروهة ووجه
ذلك ظاهر ويستحب الاسفار بالفجر اسفر الصبح اضاء وقت اسفر بالصلوة اذا صلاها في الاسفار والباء للتعدية
قوله ويستحب الاسفار باطلاقه يدل على ان البداءة والختم بالاسفار وهي المستحبة وهو ظاهر الرواية وقال
الطحاوي يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة ووجه الظاهر قوله عليه السلام اسفروا
بالفجر فانه اعظم للاجر وحد الاسفار ان يبدأ بالصلوة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة
الى الوضوء بعد الصلوة امكنه ان يتوضأ ويصلي الفجر قبل طلوع الشمس وقال الشافعي رح يستحب التعجيل وهو ان يكون
الاداء في النصف الاول في كل صلوة واستدل بما قالت عائشة رضي الله عنها كانت النساء ينصرفن من الصلوة مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس قال المص والحجة عليه ما رويناه
يعني من حديث رافع بن خديج وهو قوله عليه السلام اسفروا بالفجر الحديث وذلك لانه امر بذلك واقله الندب وما رواه

حكاية فعل لا بيان دل قوله عليه السلام من قوله وما روينا اشارة الى قوله واذا كان في الصيف ابردوا بها وذلك لانه يدعى التعجيل في كل صلوة فاذا ثبت التاخير في البعض كان حجة عليه **وقوله** والابراد بالظهر عطف على قوله الاسفار بالفجر **وقوله** لما روينا يعني ما روي قبل هذا الفصل من قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم قوله لما روينا متعلق بقوله والابراد بالظهر **وقوله** ولرواية انس قال كان النبي عليه السلام اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان بالصيف ابرد بها متعلق بالمسئلتين جميعا وتاخير العصر في الصيف والشتاء ما لم يتغير الشمس لما في التاخير من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر ولهذا كان تعجيل المغرب افضل لان اداء النافلة قبلها مكروه وتكثير النوافل افضل من المبادرة الى الاداء لاول الوقت والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين اي لا يذهب الضوء فلا يحصل للبصر بالنظر اليه حيرة **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول سفيان وابراهيم النخعي ان المعتبر تغير الضوء الذي يقع على الجدران قال شمس الائمة اخذنا بقول الشعبي وهو تغير القرص لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال وعلامة تغير القرص به وهو ما قيل اذا قامت الشمس للغروب قدر رمح لم يتغير واذا كانت اقل من ذلك تغيرت وما قيل يوضع طشت ماء في الصحراء وينظر فيه فان كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت فكان قوله هو الصحيح لبيان ان تغير القرص بهذا التفسير هو الصحيح وتغير الضوء وتغير القرص بالتفسير الاخير ليس بصحيح والتاخير اليه الى هذا الوقت مكروه قالوا واما الفعل فغير مكروه لما فيه من التشبيه باليهود وفيه نظر لان كل ما يكون تاخيرها مكروها لا يستلزم ان يكون تعجيلها مستحبا لجواز ان يكون مباحا الا ترى ان تاخير العشاء الى النصف الاخير مكروه ولا يلزم من ذلك الاستحباب لان التاخير الى نصف الليل مباح على الصحيح والجواب ان التاخير مكروه لما فيه من التشبيه باليهود وما التشبه باليهود فتركه مستحب لان الاباحة فيه قد يفضي الى المسامحة وما ذكر في النهاية وغيره في جواب هذا السؤال مبنيا على ان الضدين او النقيضين لا يخفى فليتامل قوله وقال صلى الله عليه وسلم لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء دليل منقول على استحباب تعجيل المغرب معناه لا تزال امتي بخير ببركة تعجيلهم المغرب ووجه التمسك ان الشرع رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب والمباح لا يترتب على فعله خير واعترض على المص بانه في تاخير الحديث عن الدليل العقلي واجيب بانه فعل ذلك لان الحديث فيه دلالة على تاخير العشاء فكره الفصل بينه وبين المدلول بدليل عقلي وليس بطائل فان قلت روي ان رسول الله قرأ سورة الاعراف في صلوة المغرب وذلك يدل على ان التاخير ليس بمكروه اجيب بان ذلك ليس فيه فان كلا منهما اذا اخر الى آخر الوقت فالكراهة تم شرع والذي فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مزية المد والمتعذر اول الوقت الى آخره متحقق وقد ظهر فسادا واستدلال عيسى بن ابان على جواز التاخير ويستحب تاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله صلى الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل والفرق بينه وبين قوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك فانهما على نهج واحد وذلك اثبت السنة وبهذا اثبت الاستحباب واجيب بانا لا نسلم انهما على نهج واحد بل في حديث السواك ينتفي الامر بمانع واذا انتفى الامر وكان مقتضاه الوجوب ثبت ما دون الوجوب وهو السنة وما نحن فيه المنتفي للمانع هو التاخير ونفس التاخير لم يكن للوجوب بل الندب والاستحباب ولان فيه اي في التاخير قطع السمر المنهي عنه والسمر حديث لاجل المؤانسة وقال عليه السلام لا سمر بعد العشاء والمعنى فيه ان يكون اختتام الصحيفة بالعبادة كما جعل

ابتداء الصحيفة بها لينمحي ما حصل بينهما من الزلات قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات **وقوله** وقيل في الصيف يعجل يعني يستحب تاخير العشاء الى ثلث الليل شتاء وصيفا وقيل في الصيف يعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل يعني في الشتاء والصيف قال في النهاية في الشتاء وفيه نظر لانه لو كان كذلك لكان في الصيف مكروها وليس كذلك لان دليل الاباحة وهو ما ذكره بقوله لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة اي بالكلية مشترك بينهما فيثبت الاباحة فيهما والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله اي قبل النصف الاخير يعني ان الاباحة في آخر النصف الاول انما يثبت لمعارضة دليل الندب وهو قطع السمر دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة وفي النصف الاخير لم يوجد دليل الندب اصلا لانقطاع السمر قبل لان الغالب ان لا يكون في النصف الاخير سمر فيثبت الكراهة لبقاء دليلها سالما عن المعارض واعترض من تعجيل الفجر في اول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالم عن معارضة دليل الندب واجيب بان المعارض هناك موجود ايضا وهو قوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم فان المسارعة الى العبادة بعد وجود السبب مندوب اليها ولم يكن في التاخير معنى تكثير الجماعة فكان فيه تعارض دليل الندب اصلا لانه ليس فيه المسارعة الى العبادة ولا تكثير للجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه قبله ويستحب في الوتر لمن يالف الصلوة آخر الليل ان يؤخر وتقديم الوتر آخر الليل فيكون ظرفا وتعدى من فوته وهو متعلق بقوله فاتم مقام فاعل يستحب وفي بعض النسخ في الوتر لمن يالف صلوة الليل تاخيرها الى آخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم وهو ظاهر **وقوله** فاذا كان يوم غيم يعني هذا الذي قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا كانت السماء مصحية فاما اذا كانت متغيمة فالضابط الغير مع الغين يعني كل ما فيه عين يعجل كالعصر والعشاء وما عداها كالفجر والظهر والمغرب يؤخر اما وجه تعجيل العصر والعشاء فما ذكر في الكتاب وكذلك وجه تاخير الفجر **وقوله** لان تلك المدة مديدة يعني ان ما بين التنوير وطلوع الشمس مدة مديدة فيؤمن ان يقع الاداء وقت طلوع الشمس واما تاخير الظهر فلانه لو عجل في يوم الغيم لم يؤمن ان يقع قبل الوقت وكذلك تاخير المغرب وروى الحسن عن ابي حنيفة في التاخير في الكل لما ذكر في الكتاب

فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة

لما فرغ من بيان احد قسمي الوقت شرع في بيان القسم الآخر ولقب الفصل بما يكره مع ان فيه ذكر ما لا يجوز فيه الصلوة اعتبارا للغالب **وقوله** لا يجوز الصلوة اعلم ان الفرايض لا يجوز عندنا في هذه الاوقات وكذا النوافل في بعض الروايات وعند الشافعي لا يجوز الفرايض في هذه الاوقات في جميع البلدان ويجوز النوافل عنده فيها بمكة قوله لا يجوز الصلوة ان اراد بها الفرض والنفل جميعا بجعل الالف واللام للجنس لزم ان لا يجوز النفل واذا لم يجز فان شرع فيه وافسده لم يجب عليه قضاؤه لكن يجب عليه قضاؤه ذكره شمس الائمة في اصوله بلا ذكر خلاف والتمرتاشي في الجامع الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف وان اراد به الفرض وحده وان النفل جائز مكروه لم يستقم جعل الحديث حجة على الشافعي في تجويز النوافل فقال في النهاية جعل اللام للجنس متناولا للفرض والنفل واجاب عن ورود النفل ووجوب قضائه بالشروع بان معنى قوله لا يجوز لا يحل فعله شرعا واما لو شرع لزمه كما نقول لا يجوز مباشرة البيع الفاسد اما لو باشره فقبض المبيع ثبت الملك ويلزم عليه ان يكون عدم الجواز في الفرايض بمعنى وفي النوافل بمعنى آخر فانه يجعله فيهما قبيل نهي يقتضي النهي لمعنى في غيره لتجاوره جميعا وذلك يقتضي الكراهة كما عرف في اصول الفقه وغيره جعل

اللام للنوع مخصوص وهو الفرض حتى لو صلى النوافل في الاوقات المكروهة جاز ويكره ونقل ذلك عن الكرخي وَلا
يلزمه ان لا يكون جعل الحديث حجة على الشافعي مستقيما كما ذكرنا آنفا لانا نقول المراد بقوله لا يجوز الصلوة الفرض
والحجة على الشافعي في الحديث فانه قال لهما نا ان نصلي والمراد بالصلوة الفرض والنفل جميعا والدليل يجوز ان يكون اتم من
المدلول لانا نقول ان كان المراد بالنهي عدم الجواز في الفرض والنفل جميعا لزم عليه ما نقل عن الكرخي والاسبيجابي وان
كان الجواز مع الكراهة لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعي لانه اذا ثبت ان اصحابنا يقولون بالجواز مع الكراهة فهو
يقول بالجواز بلا كراهة ولم اطلع على ذلك فيما وجدته من الشروح وان كان عدم الجواز في الفرض والجواز مع الكراهة في
النفل لزم اختلاف معنى اللفظ الواحد مرادين لا على سبيل الكناية وهو غير جائز ولو ان المراد عدم الجواز في الفرض
والنفل كما ذكرنا ولا يلزمه ما نقل عن الكرخي والاسبيجابي لانه اختار خلافه والله اعلم واذا ظهر لك ما قررنا
ان التوجيه الصحيح هو ان يقال حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض ومكة لانه هو الذي يفيد ما ذكرنا من مذهبه وان
كان فيه اخلاق دون ما عداه وهو ربما وقع في بعضها من قوله في تخصيص الفرائض والنوافل بمكة وفي بعضها بالتخصيص
بمكة وفي بعضها لم يذكر النوافل حجة الشافعي فيه قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فليصلها اذا ذكرها
فان ذلك وقتها وهو مطلق وفي تخصيص مكة ما روى ابو ذر رضي الله عنه النهي عن الصلوة في هذه الاوقات
الا بمكة والجواب عن الاول ان المبيح والحاظر اذا تعارضا جعل الحاظر متأخرا وقد عرف في الاصول
وعن الثاني ان هذه الزيادة لم يثبت لانها شاذة او ان معناه ولا بمكة كما في قوله تعالى الا خطأ اي ولا خطأ
ثم اختلف العلماء في الارتفاع الذي يحل الصلوة عنده قال في الاصل اذا ارتفع الشمس قدر رمح او رمحين
قال الفضلي ما دام الانسان يقدر على النظر الى قرص الشمس فالشمس في الطلوع فلا تحل الصلوة عنده قول
فاذا عجز عن النظر حلت قوله حتى تضيف للغروب يعني الميل التخصيص بالثلثة يفيد الانحصار وقد
ذكر الاصحاب بغير هذه الاوقات ما يكره فيها الصلوة وذلك يستلزم ابطال العدد المنصوص عليه واجيب
بان تغيرها ليس بحيث لا تجوز فيها قضاء الفوائت وصلوة الجنازة وسجدة التلاوة فيها بخلاف الثلثة المذكورة
فان ذلك لا يجوز فيها واذا كان المعنى مختلفا لا يلزم الابطال بل يكون كل واحد منهما ثابتا بدليل على حدة فاما الثلثة
المذكورة فبدليل حديث عقبة وما تغيرها فلما جاء في الاحاديث من قوله عليه السلام لا صلوة بعد الفجر حتى تطلع
الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس وكذلك غيرها **وقوله** وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة روي
عن ابي يوسف انه قال لا بأس بالصلوة عند الزوال يوم الجمعة لحديث ابي سعيد الخدري ان النبي عليه السلام
نهى عن الصلوة في نصف النهار الا يوم الجمعة واجيب بانه منقطع او معناه ولا يوم الجمعة كما تقدم في حديث النبي
وقوله ولا صلوة جنازة معطوف على اول الكلام قوله لما روينا يعني قوله وان نقبر موتانا وقوله ولا
لانها في معنى الصلوة في انها تشترط لها ما تشترط للصلوة يعني لما كانت في معنى الصلوة كانت داخلة تحت النهي عن الصلوة
في قوله ثلث اوقات نهانا رسول الله صلعم ان نصلي فيها فان قيل فالحالم نحو بها في قوله صلى الله عليه وسلم الا من
ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا فينتقض وضوء الضاحك في سجدة التلاوة كما في الصلوة اجيب
بان اللام في قوله فليعد الوضوء والصلوة للعهد التي وجدت فيها القهقهة لا للجنس والمعهود صلوة ذات تحريمة وركوع
وسجود والسجود المجرد ليس في معناها من كل وجه فلا يلحق به واما النهي عن الصلوة في هذه الاوقات فلا يتبع الشبه
بالصلوة بعبادة الشمس والسجود المجرد يحصل به ذلك فكان في معناه فالحق به كذا في الشروح وقيل لانها في معنى الصلوة

خرج

خرج وقوع الشيء به بعبادة الشمس وتوغير بالصلوة فدخلت تحت نهي فتذكر الصلوة لذلك كان ناظرا حكم
قوله الا عصر يومه عند الغروب يستثنى من قوله ولا عند غروبها **وقوله** لان السبب هو الجزء القائم من الوقت
قد تقدم ان سبب الصلوات اوقاتها ولكن لا يمكن ان يكون كل الوقت سببا لانه لو كان كله سببا لوقع الاداء
بعد الوجوب لتقدم السبب بجميع اجزائه على المسبب فلا يكون اداء وليس دليل يدل على قدر معين منه كالربع
او الخمس او غيرهما فوجب ان يجعل بعض منه سببا واقل ما يصلح لذلك الجزء الذي لا يتجزى والجزء السابق لعدم
ما يزاحمه اولى فان اتصل به الاداء تعين لحصول المقصود وهو الاداء وان لم يتصل انتقل الى الجزء الذي يليه ثم
وثم الى ان يتضيق الوقت ولم يتعد على الجزء الماضي لانه لو كان معتدا كان الصلوة في آخر الوقت قضاء وليس
كذلك لما سنذكر فكان الجزء الذي يلي الاداء هو السبب والجزء المضيق او كل الوقت ان لم يقع الاداء فيه
لان الانتقال من الكل الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء خارج الوقت على تقدير سببية الكل وقد زالت
فيعود كل الوقت سببا ثم الجزء الذي تعين سببا يعتبر صفته من الصحة والفساد فان كان صحيحا بان لا يكون
موصوفا بالكراهة ولا منسوبا الى الشيطان كالظهر مثلا وجب المسبب كاملا فلا يتأدى ناقصا وان كان
ناقصا اي ناقصا بان يكون منسوبا الى الشيطان كالعصر يستأنف وقت الاحمرار وجب الفرض به ناقصا فيجوز
ان يتأدى ناقصا لانه اداه كما وجب بخلاف غيرها من الصلوات الواجبة باسباب كاملة فانها لا تقضى في هذا
الوقت لان ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا وقد ذكرنا ذلك في الانوار والتقرير مستوفى بعون الله تعالى
واذا عرفت ذلك فقوله لان السبب هو الجزء القائم من الوقت فيه تسامح لان السبب اما اول جزء او الجزء الذي
يلي الاداء او الجزء المضيق او كل الوقت عند خروجه كما عرف في الاصول واما قوله فالمؤدى في اول الوقت
فقال صاحب الكافي انه مشكل لانه مؤد باعتبار بقاء الوقت وايضا يلزم على تقدير جوازه قضاء العصر
في هذا الوقت لان الجزء القائم من الوقت ناقص فيجب به العصر ناقصا فينبغي ان يجوز كعصر يومه والجواب عن
الاول ان الكلام فيمن اخر العصر الى الغروب ولا شك ان السبب في حقه هو الجزء القائم من الوقت وهو المعبر
عنه بالجزء المضيق وعن الثاني بان الجزء اذا تعين للسببية بحيث لا ينتقل الى غيره كان الناقص عنه نقوتا
بالاستقراء في قوانين الشرع كالجزء الاخير من الوقت في الصلوة والجزء الاول من اليوم في الصوم هكذا اجاب
شيخي شيخ العلامة عبد العزيز وورد بان الفوات بالتفويت عن الجزء الاخير من الوقت انما هو باعتبار خروج الوقت
لا باعتبار تعينه للسببية وكذلك التعين في الجزء الاول من اليوم لان وقت الصوم كل النهار واذا فات البعض فات
الكل وقوله في الجواب عن السؤال ان كل الوقت كان سببا للوجوب فهو شرط للواجب لا يمكن ان يكون كل الوقت شرطا
والا لكان في الاداء في الوقت تقديم المشروط على الشرط وهو باطل كتقديم المسبب على السبب فلا بد وان يكون
الجزء القائم اذ لو كان الجزء الماضي كان المصلي في آخر الوقت قاضيا لفوات شرط الاداء وعن الثالث بان
بخلاف غيرها من الصلوات يتناول العصر الفائتة لان العصر الفائتة غير عصر يومه لا محالة وقد قال لانها وجبت
كاملة وكل ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا غير انه لم يذكر وجه وجوبها كاملة ووجهه ما ذكرناه قال والمراد
بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة بقوله ولا صلوة جنازة ولا سجدة تلاوة وهي الكراهة يعني به
نفي عدم الجواز بخلاف الفرائض في هذه الاوقات الثلثة سوى عصر يومه فان قوله لا يجوز الصلوة عند طلوع الشمس
مجري على حقيقته عدم الجواز فان قلت على هذا يكون قوله لا يجوز مستعملا في عدم الجواز بالنسبة الى الفرائض

وفي الكراهة بالنسبة الى صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وهو جمع بين الحقيقة والمجاز قلت تقدير الفعل المعطوف بمعنى الكراهة حتى يكونا من باب علفتها تبنا وماء باردا وفيه ما فيه قلت فما فائدة الدليل وهو قوله نهانا فانه بمعنى عدم الجواز وبمعنى الكراهة حينئذ قلت حكاية فعل فجاز ان يكون النهي مكررا في معنى عدم الجواز مرة وفي معنى الكراهة اخرى واما قوله لا يجوز الصلوة مطلقا للفرض والنفل فانما يستقيم على غير ظاهر الرواية وهو ان النفل ايضا لا يجوز في هذه الاوقات كما تقدم واما على ظاهر الرواية فانه غير مستقيم لانه اذا شرع في التطوع في هذه الاوقات وجب عليه القضاء ولو مضى عليه خرج عما وجب عليه بالشروع ذكره في نوادر المبسوط وكذا لو قطعها واداها في وقت آخر مكروه مثلا جاز ولانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وانه لا يجوز قوله ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روى انه عليه السلام نهى عن ذلك والحديث في الصحيحين فاستشكل بانه غيا الكراهة الى الطلوع والغروب وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها وههنا ليس كذلك لانها ثابتة بعد الطلوع الى ارتفاعها وبعد الغروب الى اداء المغربية والجواب انه ثبت بمفهوم الغاية وهو حجة لا نم على ان المخالفة ثابتة اذ الكراهة بعد الطلوع والغروب بمعنى آخر وهو ان يقال معناه حتى يقرب طلوع الشمس وحتى تغيب المغروب فانه لو كان على حقيقته كانت الكراهة لمعنى في الوقت وهو على خلاف مراده قوله ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين يعني بعد الفجر والعصر الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به وما كان لحق الفرض لا يظهر في حق حقيقة الفرض فان شغل الوقت بحقيقة الفرض اولى من الشغل بحقه فلا يظهر في حق الفرض وما هو بمعناها في الوجوب لعينه كسجدة التلاوة فانها تجب لعينها لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد بل ثبت وجوبها بالسماع فصارت كالفرايض وكذلك صلوة الجنازة لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد وظهرت في حق المنذور وركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لتعلق وجوب المنذور بسبب من جهة الناذر بدلالة المنذور عليه لا من جهة الشرع وكان كصلوة شرع فيها تطوعا ولان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف الحاصل بفعله فكان كالنفل وصيانة المؤدى لئلا يلزم ابطال العمل واذا ظهرت في حق المنذور الواجب وركعتي الطواف والفاسد بعد الشروع الواجبين فلان يظهر في حق النوافل اولى قوله لا لمعنى في الوقت تاكيد لقوله لحق الفرض وفيه اشارة الى الفرق بين النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في الاوقات الثلثة المذكورة بان ذلك لمعنى في الوقت وهو كونه منسوبا الى الشيطان فيظهر في حق الفرايض والنوافل وغيرها وهذا المعنى شغل الفرض وشغله بالفرض التقديري اولى من النفل دون الفرض الحقيقي فظهر في حق النفل دون الفرض فان قيل ركعتا الطواف واجب عندنا على ما يجيء في كتاب الحج فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة بعد التلاوة فينبغي ان يؤديهما كسجدة التلاوة في هذين الوقتين اجيب بان الوجوب لختم الطواف فينتقض بسجدة التلاوة وهي فعل ايضا فالجواب ما اشرنا اليه ان سجدة التلاوة قد تجب بلا فعل منه اذا سمع من غير قصد ولا كذلك ركعتا الطواف قوله ويكره ان يتنفل ظاهره والمعنى في النهي في هذه الاوقات كالنهي بعد الفجر وبعد العصر لانه ليس لمعنى في الوقت بل لحق ركعتي الفجر ليصير الوقت كالمشغول وبالمبادرة الى اداء المغرب فانها فيه مستحبة وللنهي عن الاشتغال عن استماع الخطبة فلا يظهر في حق الفرايض فكان الحاصل ان ما كان النهي فيه لمعنى في الوقت اثر في الفرايض والنوافل جميعا وما كان لمعنى في غيره اثر في النوافل دون

دون الفرايض وما هو في معناه

باب الاذان

لما كان الاذان اعلاما بدخول وقت الصلوة ناسب ان يذكر عقيبه والاذان في اللغة الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام وفي الشريعة عبارة عن اعلام مخصوص في اوقات مخصوصة وسببه مشهور عقيبه ابتداء رؤيا جماعة من الصحابة منهم عمر رضي الله عنه نزول الملك من السماء وتعليمهم الالفاظ المخصوصة وبقاء دخول وقت الصلوة المكتوبة وما ذكر في الكتاب بعض قول عامة المشايخ انه سنة للصلوات الخمس والجمعة وذكر الجمعة لدفع وهم من يتوهم ان لا اذان لها كصلوة العيدين بجامع انهما يتعلقان بالامام والمصر الجامع والاوجه داخلة تحت الخمس قوله للنقل المتواتر يعني ثبت متواترا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذن للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها من الوتر وصلوة العيدين والخسوف والكسوف والاستسقاء وصلوة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روي عن محمد ان اهل بلدة في الاسلام اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال انما يكون على ترك الواجب دون السنة والجواب انه قال ذلك لانه وان كان سنة الا ان تركه بالاصرار استخفافا بالدين فيلزم القتال وصفة الاذان اي كيفيته معروفة وهو كاذان الملك النازل من السماء واختلف في ذلك الملك فقيل نزل به جبريل عليه السلام وقيل كان غيره قوله ولا ترجيع فيه وهو اي الترجيع ان يرجع وهو ظاهر قوله وقال الشافعي فيه ذلك اي في الاذان الترجيع قوله لحديث ابي محذورة ظاهر الحديث فظنه ترجيعا ذكر في الاسرار ان النبي عليه السلام امر بذلك لحكمة وفي قصة وهي ان ابا محذورة كان يبغض رسول الله قبل الاسلام بغضا شديدا فلما اسلم امره رسول الله بالاذان فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه فدعاه رسول الله وعرك اذنه وقال له ارجع وامدد بها صوتك اما ليعلم انه لا حياء في الحق او ليزيد محبة للرسول عليه السلام بتكرير كلمات الشهادة قوله لان بلالا روى ان بلالا اذن لصلوة الفجر ثم جاء الى باب حجرة عائشة رضي الله عنها فقال الصلوة يا رسول الله فقالت عائشة الرسول نائم فقال بلال الصلوة خير من النوم فلما انتبه اخبرته عائشة فاستحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال له اجعله في اذانك قوله وخص الفجر قوله ثم هو مخير على التخفيف في قوله انها فرادى فانه يقول يشفع الاذان ويوتر الاقامة لحديث انس ان النبي عليه السلام امر بلالا بذلك قلنا المعتبر بفعل الملك النازل والمشهور فيه التكرار ومعنى حديث انس ان يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل ان في الاقامة قد قامت الصلوة وهو مشفوع كله مرتين وروى ان بلالا كان يؤذن مثنى ويوتر الاقامة فقال لا تشفعها لا ام لك قوله ويترسل في الاذان بيان السنن التي فيه وهي نوعان ما يرجع الى نفس الاذان وما يرجع الى صفات المؤذن فالاول هو ان ياتي بهما فيفصل بين كلمتي الاذان بسكتة مطولا غير مطرب وهو الترسل من ترسل في قراءته اذا تمهل فيها وتوقف ولا يفصل بين كلمتي الاقامة بل يجعلها كلاما واحدا وهو الحدر ويكون صوته اخفض من صوت الاذان ويرتب بين كلمات الاذان والاقامة كما شرع فان قدم بعضا واخر بعضا فالافضل الاعادة مراعاة للترتيب وان يوالي بين كلمات الاذان والاقامة حتى لو ترك الموالاة فالسنة ان يعيد الاذان ويستقبل بهما القبلة الا في الصلوة والفلاح وان ياتي بهما فان يكون ذكرا عاما فلا يصلح الا مستقبل القبلة ويحول وجهه في الصلوة والفلاح وان ياتي وهو ان يكون ذكرا عاما فلا يصلح الا بالسنة وان كانت الصلوة فاذان الصبي صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية واذان البالغ افضل واذان غير العاقل والسكران يعاد وكذا الاذان

المرأة **وقوله** ويستقبل بهما اي بالاذان والاقامة القبلة لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر **قوله** ويحول وجهه للصلوة والفلاح يعني عند قوله حي على الصلوة حي على الفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به قيل لو كان كذلك لحول ورائه ايضا لان القوم كما يكونون فيهما كذلك يكونون في الخلف واجيب بانه انما لم يحول وراءه لان فيه استدبار القبلة فيما هو دعاء الى التوجه اليها فاكتفى فيه بما يحصل لهم من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه يمنة ويسرة فان استدار في صومعته فحسن ظاهر **وقوله** وان لم يفعل فحسن اي الاذان حسن لا ترك الفعل لانه وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد وهو الاصل في باب الاذان لكنه فعل من بلال فلا يليق ان يوصف تركه بالحسن وان لم يؤثر في زوال الحسن المتمكن في نفس الاذان الذي هو من سنن الهدى فكان معناه ان للاذان بذلك الفعل احسن وتركه حسن **قوله** وقوله والتثويب في الفجر مبتدأ وقوله حسن خبره **قوله** وكره في سائر الصلوات لما روي ان عليا رضي الله عنه رأى مؤذنا يثوب في العشاء فقال اخرجوا هذا المبتدع من المسجد وروى مجاهد قال دخلت مع ابن عمر رضي الله عنه مسجدا نصلي فيه الظهر فسمع المؤذن يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع فما كان التثويب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في صلوة الفجر **قوله** ومعناه اي معنى التثويب في الاصطلاح العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو في اللغة عبارة عن الرجوع ومنه سمي الثوب لان منفعته عائدة الى لابسه **وقوله** اي التثويب على حسب ما تعارفوه اهل كل بلدة من التنحنح او قوله الصلوة الصلوة او قد قامت قامت لانه للمبالغة في الاعلام وانما يحصل ذلك بما تعارفوه **وقوله** وهذا اشارة الى قوله حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا انه وقت غفلة ولم يذكر التثويب القديم ههنا وذكر في الاصل ان التثويب الاول كان في صلوة الفجر بعد الاذان الصلوة خير من النوم فاحدث الناس هذا التثويب يعني قوله حي على الصلوة حي على الفلاح ثم ان المتاخرين استحسنوا اي التثويب المحدث في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية ولكنهم لم يشترطوا عين ذلك اللفظ الذي هو حي على الصلوة بل ذكروا ما تعارفوا كما ذكرنا آنفا ويكون هذا احداثا بعد احداث لان التثويب الاصلي كان الصلوة خير من النوم لا غير في اذان الفجر وبعد ذلك احدث علماء الكوفة حي على الصلوة حي على الفلاح بين الاذان والاقامة في الفجر خاصة مع ابقاء الاول واحدث المتاخرون التثويب بين الاذان والاقامة في الفجر خاصة مع ابقاء الاول على حسب ما تعارفوه في جميع الصلوات سوى المغرب مع ابقاء الاول وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن **قوله** وقال ابو يوسف كلام يتعلق بالتثويب المحدث في سائر الصلوات بزيادة اختصاص من يكون مشتغلا بامور المسلمين وهو ظاهر **قوله** ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب بخلاف ان وصل الاذان بالاقامة مكروه لان المقصود بالاذان اعلام الناس بدخول الوقت ليتاهبوا للصلوة فيحضروا المسجد لاقامة الصلوة وبالوصل ينتفي هذا المقصود فان كانت الصلوة مما يتطوع قبلها مسنونا كان او مستحبا يفصل بينهما بالصلوة لتوارثهم من كل اذانين صلوة كما قال عليه السلام بين كل اذانين صلوة الا المغرب فان لم يصل يجلس بينهما لحصول المقصود به واما اذا كان في المغرب فقد اتفقوا على ان الفصل لا بد منه فيه ايضا لكنهم اختلفوا في مقداره فعند ابي حنيفة رح المستحب ان يفصل بينهما بسكتة يسكت قائما مقدار ما يتمكن فيه من قراءة ثلث آيات قصار او في رواية منه مقدار ما يخطو ثلث خطوات ثم يقيم وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين والوجه ما ذكره في الكتاب وهو ان

وقوله والفرق قد ذكرناه اشارة الى قوله ان التاخير مكروه بخلاف سائر الصلوات فان التاخير فيها ليس بمكروه والاستعمال بالركعتين يؤدي الى التاخير فلذلك لا يفصل بينهما والمذكور ههنا من مذهبهما في ما نقل فيما تقدم في باب المواقيت من وقت المغرب وهو ان يصلي فيه ركعات قال يعقوب رأيت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا ان الجلوس عنده في اذان المغرب وانما اورده ليؤكد قول ابي حنيفة بفعله قبل وانما ذكر محمد في الجامع الصغير ابا يوسف باسمه دون كنيته دفعا لوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين وكان مأمورا من جهة ابي يوسف ان يذكره باسمه حيث يذكر ابا حنيفة **قوله** وان المستحب معطوف على قلنا يعني يفيد ما قلنا ويفيد استحباب كون المؤذن عالما بالسنة اي باحكام الشرع لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم وخيارهم من كان عالما باحكام الشرع وهذا يرد على من يقول الاحسن للامام ان يفوض الاذان والاقامة فيه الى غيره فان النبي عليه السلام ما كان يباشر الاذان والاقامة بنفسه وكان اماما في الصلوة قلنا اذن النبي صلى الله عليه وسلم احيانا لما روى عقبة بن عامر رضه قال كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فلما زالت الشمس اذن واقام وصلى الظهر **قوله** غداة ليلة التعريس التعريس النزول في آخر الليل روى النجاري في صحيحه بسنده الى عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه قال سرنا مع رسول الله عليه السلام ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله قال اخاف ان تناموا عن الصلوة قال بلال انا اوقظكم فاضطجعوا واسند بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه فنام فاستيقظ النبي عليه السلام وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال اين ما قلت فقال ما القيت علي نومة مثلها قط قال ان الله قبض ارواحكم حين شاء وردها حين شاء وقال يا بلال قم فاذن الناس بالصلوة فتوضأ فلما ارتفعت الشمس وابياضت قام فصلى بالناس جماعة وهو اي قضاء النبي باذان واقامة حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة لا يقال قد روي انه عليه السلام امر بلالا فاقام ولم يذكر الاذان لان القضاء فاحد الامرين زيادة اولى وفيه نظر لان ذلك انما يكون اذا كان راويهما واحدا ولم يثبت ههنا ذلك والجواب ان الراوي اذا كان متعددا انما يعمل بالخبرين اذا امكن العمل بهما وههنا لا يمكن ذلك لكون القضية واحدة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا من حديث ليلة التعريس وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة اليه فان قيل اذا كان الرفق متعينا في احد الامرين فلا يخير بينهما كما في قصر صلوة المسافر وههنا الرفق متعين في الاقامة فاوجه التخيير اجيب بان ذلك بين الشيئين الواجبين لا في السنن والتطوعات **قال** وعن محمد روي في غير رواية الاصول عن محمد اذا فاتت صلوات يقضي الاولى بالاذان والاقامة والبواقي بالاقامة دون الاذان قال ابو بكر الرازي يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا والمذكور في الكتاب يحمل على الصلوة الاولى فيرتفع الخلاف بين اصحابنا **قال** وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر ينبغي للمؤذن ان يؤذن ويقيم على طهر لان لهما شبها بالصلوة على ما سيأتي فاذا اذن بغير وضوء جاز بلا كراهة في ظاهر الرواية لانه ذكر فكان الوضوء فيه مستحبا كالقراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة باعمال الوضوء والاقامة شرعت متصلة بالشروع في الصلوة ويروى انه اي الشان لا يكره الاقامة ايضا لانها احد الاذانين والآخر وهو الاذان لا يكره بلا وضوء فكذا الاقامة ويروى يكره الاذان ايضا وهي رواية الكرخي لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين

اي بين اذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا يكره اذانه ان للاذان شبها بالصلوة في انهما يفتتحان بالتكبير و
يؤديان مع الاستقبال ويرتب كلمات الاذان كاركان الصلوة ويختصان بالوقت ولا يتكلم فيهما الا انه ليس بصلوة
على الحقيقة ولو كان صلوة على الحقيقة لم يجز مع الحدث والجنابة فاذا كان شبيها بالصلوة كره مع الجنابة
اعتبارا بالشبه ولم يكره مع الحدث ولم يعكس لانا لو اعتبرنا في الحدث جانب الشبه يلزمنا اعتباره في الجنابة بالطريق
الاولى لان الجنابة اغلظ الحدثين فكان يتعطل جانب الحقيقة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الاحكام
وعللها **وقوله** اما الاول يعني عدم اعادة اذان المحدث واقامته **قوله** واما الثاني يعني استحباب الاعادة
بسبب الجنابة **قوله** روايتان في ظاهر الرواية يستحب وفي رواية الكرخي يجب قالوا الاشبه اعادة الاذان فقط
لان تكرار الاذان مشروع في الجملة كاذان الجمعة بخلاف الاقامة **وقوله** يعني الصلوة انما قيد بهذا لانه
قال في الايضاح ويحتمل ان يكون المراد من الجواز اصل الاذان لان رفع الصوت ذا يليق الباب **قوله**
وكذلك المرأة تؤذن عطف على قوله والجنب احب الي ان يعيد **قوله** ليقع اي الاذان على وجه السنة فان اذان
المرأة لا يكون على وجه السنة بل على وجه البدعة لانها ان رفعت صوتها فقد ارتكبت بدعة وان لم تؤذن
على وجه السنة وترك وجه هذه السنة بدعة وليس على النساء اذان ولا اقامة لانهما سنتا الصلوة بالجماعة
وجماعتهن منسوخة وان صلين بجماعة صلين بغير اذان واقامة لحديث رايطة قالت كنا جماعة من النساء
اتينا عائشة يعني فصلينا بلا اذان ولا اقامة **قوله** ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها **قوله** والحجة على الكل اي
على ابي يوسف والشافعي ما اصل الحديث يعني ان الحديث حجة على الاخذ والمأخوذ منه فان قيل جاء في الحديث
لا يغرنكم اذان بلال فانه يؤذن بليل اجيب بانه حجة لنا حيث لم يعتبر النبي عليه السلام
اذانه ونهاهم عن الاغترار به واعتباره وقد ذكر في المبسوط ان اذان بلال انكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم
وامره ان ينادي على نفسه الا ان العبد قد نام يعني نفسه اي انه اذن في حال النوم والغفلة وكان يبكي و
جال المدينة ويقول ليت بلالا لم تلده امه وابتل من نضح دم جبينه دائما قال يحكي لكثرة معاتبة رسول الله
صلى الله عليه السلام لابن ابي مليكة قال في النهاية ذكر هذا الحديث في المبسوط مخاطبا بغير هذا وقال روي عن النبي
انه قال لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما وروي في الاسلام و
اكبركما سنا **قوله** فان تركهما جميعا يكره ظاهر **وقوله** لقول ابن مسعود روي ان ابن مسعود صلى
بعلقمة والاسود بغير اذان واقامة وقال اذان الحي يكفينا وذلك لان المؤذن نائب عن اهل المحلة في الاذان
والاقامة لنصبهم اياه لذلك وكان المصلي في الحي بغير اذان واقامة حقيقة مصليا بهما حكما فلا يكره بخلاف
المسافر صلى وحده بغير اذان واقامة يكره لكونه تاركا لهما حقيقة وحكما ولو تاركا للجماعة حقيقة وتشبها
وترك الصلوة بجماعة مكروه فكذا ترك التشبه كما اذا عجز عن الصوم وقدر على التشبه فانه كره لو تركه

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

لما فرغ من ذكر السبب ما هو علامة عليه ذكر
بقية الشروط والشروط جمع شرط وهو العلامة وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن داخلا
قوله التي تتقدمها صفة مؤكدة لا مميزة اذ ليس من الشروط ما لا يكون متقدما حتى يكون احترازا عنه فحقيق
من الطهارة بقوله تعالى يا ايها النبيون الذين اسلموا **قوله** يجب على المصلي ان يقدم الطهارة انما اعاده وان
كان قد علم مما تقدم كونها شرطا للصلوة ليكون الباب مشتملا على جملة الشروط **قوله** اي يواري عورتكم عند

صلوة يعني لاجل الصلوة لا لاجل الناس لان الناس في الاسواق اكثر منهم في المساجد فلو كان لاجلهم لقال عند
الاسواق وكان معناه خذوا ما يواري عورتكم من الثوب الذي يحصل به الزينة وهي ستر العورة عند كل صلوة لان اخذ
الزينة نفسها وهو مصدر لا يمكن الا بهذا الطريق فكان من باب اطلاق اسم الحال على المحل وفي قوله عند كل مسجد اطلاق
اسم المحل على الحال فان قيل روي عن ابن عباس انها نزلت في شان الطواف لا في حق الصلوة فلا يكون حجة في
وجوب الستر في حق الصلوة اجيب بان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب **وقوله** عند كل مسجد عام فلا
يختص بالمسجد الحرام **وقوله** عليه السلام لا صلوة لحايض الا بخمار اي البالغة لان الحايض لا صلوة لها لا بخمار ولا
بغيره وكان مجازا عن البالغة لان الحيض يستلزم البلوغ فقد دلت الاية والحديث على فرضية ستر العورة
نظر اما الاية فانها تفيد الوجوب في حق الطواف ولهذا كان طواف العاري معتدا به فلو افادت الفرضية
في حق الصلوة لكان لفظ خذوا مستعملا في الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز واما الحديث فلانه خبر واحد
لا يفيد الفرضية واجيب بان الاية قطعي الثبوت دون الدلالة لما علم ذلك التقدير والحديث قطعي الدلالة
لاداة الحصر ظني الثبوت لكونه خبر الواحد فبمجموعهما يحصل الدلالة على الافتراض فتامل فيه وبهذا يتبين
ان الشرع ليستر العورة لانه قال ما بين سرته الى ركبته وقال ما دون سرته والمفهوم من ذلك ان لا يكون السرة
عورة **وقوله** والركبة معطوف على السرة وفيها خلاف الشافعي فانه يجعل كلمة الى للغاية وهي هنا الموضع
لحد الحكم اليها فلا تدخل اجاب بقوله وكلمة الى نحملها على كلمة مع كما في قوله ولا تاكلوا اموالهم الى اموالكم عملا بكلمة
حتى في قوله حتى يجاوز ركبته او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وفيه نظر لان حتى اذا دخل الفعل
كان بمعنى الى في مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما وكان ينبغي ان يقول وعملا بقوله عليه السلام بالواو لان الحجة
قائمة بكل منهما والجواب عن الاول انه بمعنى الى لكن مع دخول الغاية وقد قررنا في التقرير وعن الثاني بان
كلمة او للتخيير لمنع الخلو لا لمنع الجمع فلا يكون منافيا ثم ان المشايخ اختلفوا في ان الركبة مع الفخذ عضو واحد
او كل منهما عضو على حدة قال المصنف في التجنيس ثم ان الركبة الى آخر الفخذ عضو واحد حتى لو صلى والربع
مكشوف فان من الفخذ مغطى جازت صلوته لان نفس الركبة عضو الفخذ من الربع **قال** وقد قيل انها الى
عضو ولكن الاول اصح لانه ليس بعضو على حدة في الحقيقة بل هو ملتقى عظم الفخذ والساق وانما حرم النظر اليها
من الرجال للتعذر والتمييز فعلى الاول من تبعيضه وعلى الثاني بانها **قال** وبدن المرأة الحرة كلها عورة
كلها تاكيد للبدن وانما يؤنث المضاف اليه كما في قولهم ذهبت بعض اصابعه **قال** وكلمها يشير الى ان
على الكف عورة مستورة من لا يتناول بمعنى الامر وشكله يفيد التاكيد وقيل بيانه من حوتها ان تستر **قوله**
واستثناء العضوين يعني الوجه والكف للابتلاء بابدائهما لان المرأة لا تجد بدا من مزاولة الاشياء بيديها ومن
وجهها لا سيما في الشهادة والمحاكمة **وقوله** وهذا اي قوله الا وجهها وكفيها
تنصيص منه على ان القدم عورة لانه لم يستثنها وروي الحسن عن ابي حنيفة انها ليست بعورة وبه قال الكرخي
قال المصنف وهو الاصح لانها تبتلى بابداء القدم اذا مشت حافية او متنعلة في نعل لا تجد الخف على ان
الاشتهاء لا يحصل بالنظر الى القدم كما يحصل بالنظر الى الوجه فاذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم اولى ولما
كانت رواية الجامع ما يدل على ان القدم ليست بعورة فيها على ما قبلها قال فان صلت وذلك لانه
جوز الصلوة مع كشفها دون ربع الساق فكان القدم مكشوفة لا محالة فان قيل قوله عليه السلام المرأة عورة

مستورة عام في جميع بدنها وليس في لفظه استثناء العضوين فاستثناء العضوين او الثلاثة بالابتلاء تخصيص
بلا لفظ ابتداء وهو لا يجوز عندنا كما عرف في موضعه فلحق ابيان قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن
الآية اما ان يكون ورد قبل الحديث او بعده فان كان بعده نسخ عموم الحديث وان كان قبله فالحديث لكونه
خبر الواحد لا يبطل شيئا مما تناوله **وقوله** وثلث ساقها او ربع ساقها مكشوف قيل ما وجه الجمع بين الثلث والربع
وذكر الربع يغني عن ذكر الثلث واجيب باوجه بانه سهو من الكاتب ولهذا لم يكتبه فخر الاسلام وعامة المشايخ
لعدم الفائدة وبانه شك وقع من الراوي عن محمد وبانه اذا ذكر الربع علم ما فيه الثلث بالدلالة والتنصيص
على ما ثبت دلالة بالتصريح غير قبيح قال الله تعالى وذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير وبانه
الربع مانع قياسا والثلث استحسانا فاورده على القياس والاستحسان وبان الربع يمنع القدم والثلث
بدونها وبان ابا حنيفة لو سئل عن هذه المسئلة على هذا الوجه فاورده محمد كذلك اعلم ان اصحابنا اتفقوا
على ان قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو واختلفوا في الحد الفاصل بينهما فقال ابو حنيفة ومحمد
الربع كثير وما دونه قليل وقال ابو يوسف النصف وما دون النصف قليل لان الشيء لا يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله
اقل منه لان القليل والكثير من اسماء المقابلة يريد به تقابل التضايف والاضافة حيث يكون ماهيته معقولة
بالقياس الى الحقيقة الاولى كالابوة والبنوة والذي في الشروح ان التقابل بينهما تقابل التضاد ويلزم
لاجتماعهما في محل واحد فان الشيء الواحد يجوز ان يكون قليلا بالنسبة الى شيء وكثيرا بالنسبة الى غيره
بما ورد في النصف عن ابي يوسف فيه روايتان **قوله** فاعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده
كثيل الروايتين يعني ان النصف لما خرج عن حد القلة لان مقابله ليس باكثر منه كان داخلا تحت حد الكثرة
وانه لما لم يدخل في ضده اي ضد القليل وهو الكثير فان مقابله وهو النصف الآخر ليس باقل منه كان داخلا
تحت حد الكثرة وكان قليلا لا يجب به الاعادة **قوله** في ضده اي في مقابله وهو النصف الآخر
هو الذي جعل ابن ... في تفسير المقابلة بالتضاد **قوله** ان الربع يحكى حكاية الكمال يعني ان ربع الشيء
اقيم مقام الكل في مواضع كثيرة من الاحكام واستعمال الكلام كمسح الرأس والحلق في الاحرام ويقال رأيت
فلانا وانه لم ير منه الا وجهه احد الجوانب الاربعة وكذا هنا احتياطا في باب العبادة واعترض بان اعتبار
هذا بمسح الرأس غير مستقيم لان مسح كل الرأس لم يكن واجبا حتى يقوم الربع مقامه بل الواجب منه بعض الرأس
واجيب بان الاصل في الرأس غسل كله كما في غسل الوجه لان التطهير المقصود بالوضوء يحصل به الا ان
الشارع اكتفى بالمسح عن الغسل ثم اكتفى بالبعض عن الكل دفعا للضرورة وكان الربع قائما مقام الكل
من هذا الوجه وقيل هذا تشبيه العدد بالعدد لا تشبيه الواجب بالواجب كما في قوله عليه السلام انكم سترون ربكم
الحديث فانه فيه تشبيه الرؤية بالرؤية لا تشبيه المرئي بالمرئي **قوله** والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا
الاختلاف اي الذي تقدم ذكره ان الربع مانع او النصف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من
قيل وجعل الشعر من الاعضاء للتغليب او لانه جزء من الآدمي حتى لا يجوز بيعه والمراد به النازل من الرأس
المسترسل **قوله** هو الصحيح احتراز عن اختيار الصدر الشهيد وغيره ان المراد بالشعر ما على الرأس واما المسترسل
وهو ما نزل الى اسفل من الاذنين ففي كونه عورة روايتان واختار الفقيه ابو الليث كونه عورة احتياطا لان
تلك الرواية تقتضي ان يجوز النظر الى صدغ الاجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب اليه عبد الله البلخي وهو حرام ...

الى القنية

في القنية فكان الاحتياط في الاخذ بهذه الرواية **قوله** وانما وضع غسله جواب عما يقال لو كان الشعر النازل
من الرأس عورة لكان باعتبار انه من بدنها وليس كذلك لان غسله في الجنابة موضوع وليس شيء من بدنها كذلك ووجه
سقوط غسله الحرج باعتبار انه ليس من بدنها بل من توابعها خلقة لاتصاله به ولكن سقط غسله لمكان الحرج **والعورة**
الغليظة على هذا الاختلاف يعني الذي تقدم من انكشاف الربع او النصف والعورة الغليظة هي القبل والدبر وهذا
التقسيم انما يستقيم على اختيار الكرخي حيث ذكر في كتابه انه يعتبر في السوأة بين قدر الدرهم وفيما عدا ذلك الربع
وانما قال ذلك لان العورة نوعان غليظة وخفيفة كالنجاسة ثم في النجاسة الغليظة يعتبر الدرهم وفي الخفيفة
الربع فكذا في العورة واما على اختيار عامة العلماء فلا فائدة في تقسيمها اذ في كل منها يعتبر انكشاف الربع مانعا
عندهما خلافا لابي يوسف سواء كان ذلك عضوا كبيرا او صغيرا وما ذهب اليه الكرخي وهم لانه قصد به التغليظ
في العورة الغليظة تخفيف لانه اعتبر في الدبر قدر الدرهم وهو لا يكون اكثر من قدر الدرهم فهذا يقتضي جواز الصلوة
وان كان جميع الدبر مكشوفا وهو تناقض والذكر يعتبر بانفراده عضوا يمنع انكشافه دون جواز الصلوة وكذا
الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم كما في الدية احتياطا وهو احتراز عما قيل ان الخصيتين مع الذكر عضو
واحد لانهما تبع للذكر فيعتبر المجموع عندهما قال شيخ الاسلام هذا كله عند علمائنا واما عند الشافعي فيمنع
فان القليل والكثير في ذلك سواء في المنع عن جواز الصلوة فكان الخلاف في هذا كالخلاف في قليل النجاسة
قال وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة قال في شرح
الطحاوي ومن كان في رقبتها شيء من الرق فهو في معنى الامة وهذا لان حكم العورة في الاناث اغلظ فاذا
كان الشيء من الرجل عورة فمن الانثى اولى وظهرها وبطنها عورة لانهما محل الشهوة وما سوى ذلك من بدنها
فليس بعورة لقول عمر الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر حين رأى جارية متقنعة **قوله** يا دفار
بالدال المهملة اي يا منتنة وروي ان جواريه كانت تخدم الضيفان مكشوفات الرؤس مضطربات الثدي
والمهنة بفتح الميم وكسرها الخدمة والابتذال عن قوم يخدمهم والكسر لا اصمعي الكسر **قوله** في حق جميع الرجال
اي سوى مولاها **وقوله** ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة بالقصر ليتناول المائعات ومعناه على الوجه الذي ذكره
في الكتاب ظاهر **قوله** لان في الصلوة فيه اي في الثوب الذي يكون الطاهر فيه اقل من الربع ترك فرض
واحد وهو الطهارة وفي الصلوة عاريا ترك الفروض كستر العورة والقيام والركوع والسجود **وقوله** لان
كل واحد منهما اي من انكشاف النجاسة مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان اي هما يستويان
خبر مبتدأ محذوف ليكون عطف جملة اسمية على ... في حق المقدار يجوز ان يكون معناه ان القليل من كل واحد غير
مانع والكثير مانع فلما كان كذلك ثبت المساواة بينهما في المانعية فلم يترجح لاحدهما على الآخر فيتخير
وكذا يجوز ان يكون معناه في مقدار الربع فان المانع في النجاسة الحقيقية مقدر بالربع وكذا المانع في
العورة الربع فلما استويا في المانعية وفي المقدار استوى اختيار المصلي ايضا في ان يصلي فيه او يصلي عريانا
وحاصله انهما استويا من الموضعين في المنع وفي المقدار فيجب ان يستويا في حق الصلوة في ذلك الثوب اي
في اثبات الاختيار ايضا **قوله** وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا جواب عن قوله وفي الصلوة عريانا ترك الفروض
لكن قوله ترك الفروض وجوابه المذكور انما يستقيمان على تقدير ان يصلي قائما واما اذا صلى قاعدا فانما
يكون تاركا لفرض واحد وهو الستر واذا ترك فرضا واحدا فقد اقام فرضا باذائه وهو ترك استعمال النجاسة

بكان نادك فرض بازاء الايتان بفرض آخر فيتخير وكان محمدا بنى كلامه على ما هو الافضل وهو الصلوة قاعدا
لحال الشلم على ما هو الاصح فان قيل سلمنا انه اتى بفرض وترك فرضا لكن لا نسلم المساواة بينهما فان فرضية الستر اقوى من فرضية
ترك استعمال النجاسة لما ذكره في الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها فالجواب انا لا نسلم
ان فرضية الستر اقوى فان خطاب الستر في حق الصلوة انما هو في الستر الظاهر لا بالنجس واذا كان كذلك تساويا ولئن
سلمنا ذلك لكنه اذا صلى قاعدا فقد اتى ببعض الستر بما قام مقام الاركان وترك استعمال النجاسة واذا صلى بالثوب
قائما فقد استعمل النجاسة واتى بالاركان فيستويان فيتخير ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا
فعله اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم روي عن انس بن مالك انه قال ان اصحاب رسول الله ركبوا في السفينة فانكسرت
بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعودا وهذا قول روي عن انس انهم خلاف فيحمل محل الاجماع قوله فان صلى
قائما اجزأه ظاهر وقوله الا ان الاول يعني اي الصلوة قاعدا افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس
ولما كان كذلك كان آكد وقوله ولان الايماء خلف عن الاركان فترك كلا ترك بخلاف الستر فانه لا خلف له قيل هذان
المعنيان يقتضيان انحصار الجواز في القعود فلا وجه للجواز قائما واجيب انه ممنوع فان وجه الجواز قائما
موجود وهو الاتيان بالاركان نفسها والايتان بها خير من الايتان بخلفها والستر والاركان اتم وجوبا ونفعا
لكنه لم يحصل بجميعه واذا لم يعتبر في مقابلة ترك الركوع والسجود الذي هو الركن الاصلي في الصلوة ومن هنا قيل
ان لا يجوز قاعدا فتساويا فيميل الى ايهما شاء ولكن القعود افضل لان اصحاب رسول الله عليه السلام فعلوه
على ما ذكرنا وذلك القدر من الستر يصلح لترجيح جانب القعود لان الستر والاركان نفلا ... الاركان
لقيام الخلف مقامها قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل الكلام
في مواضع في نفس النية وفي الاصل ... وفي وقتها وكيفيتها والمص بدأ ببيان الاصل التامة ...
والاصل فيه اي في اشتراط النية قوله عليه السلام الاعمال بالنيات اي حكم الاعمال او ثوابها ملتبس بها وقيل تحريما
الصلوة عمل والاعمال بالنيات فالصلوة بالنية فما لا يكون بالنية لا يكون صلوة وفيه نظر ولان ابتداء الصلوة
بالقيام وهو ظاهر وهو اي القيام متردد بين العبادة والعادة فابتداؤها متردد بينهما فلا بد من التمييز بينهما
ولا يقع التمييز الا بالنية ثم ذكر وقتها بقوله والمتقدم على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل
لا يليق بالصلوة وهذا على سبيل الجواز فانه روي عن محمد انه لو نوى عند الوضوء انه يصلي الظهر او العصر مع
الامام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلوة وهذا على سبيل الجواز فانه روي عن محمد انه لو نوى عند الوضوء
انه يصلي الظهر والعصر مع الامام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلوة الا انه لما انتهى الى مكان الصلوة
لم يحضره النية جازت صلوته بتلك النية فاما الافضل فان يكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعا بنية متأخرة
وقوله ولا معتبر بالمتأخر منها عنه اي من النية عن التكبير وهذا لانه لما فضلت ان يكون مقارنة رد لقول الكرخي فانه
يجوز بنية متأخرة عن التحريمة واختلفوا على قوله فقيل الى انتهاء الثناء وقيل الى التعوذ وقيل الى الركوع وقيل
الى ان يرفع رأسه من الركوع قوله لان ما مضى يعني من الاجزاء لا يقع عبادة لعدم النية والاجزاء الباقية
مبنية عليه فلم يجز بخلاف الصوم فان النية فيه جوزت متأخرة عن اوله لمكان الضرورة لان ذلك وقت نوم وغفلة
فلو شرطت النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لضاق الامر على الناس فاما الصلوة فانها تبدأ في وقت
انتباه ويقظة فلا ضيق في اشتراط النية عنده ثم ذكر نفس النية فانها هي الارادة اي الارادة الجازمة القاطعة

وذلك لان النية في اللغة العزم والعزم هو الارادة الجازمة القاطعة والارادة صفة توجب تخصيص المفعول
بوقت وحالة دون غيرهما فالنية هو ان يجزم بتخصيص الصلوة التي يدخل فيها وتمييزها عن فعل العادة ان كانت
نفلا وتمييزها وكونها في اخص اوصافها وهو الفرضية ان كان فرضا وقوله والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة
يصلي قيل وامارة علمه بذلك انه لو سئل عن ذلك امكنه ان يجيب على البديهة فان توقف في الجواب لم يكن عالما
واعترض بان هذا يرجع الى تفسير النية بالعلم وهو غير صحيح لانه لا يلزم من العلم بالشيء نيته الا ترى ان من علم
الكفر لا يلزمه شيء ومن نوى الكفر كفر واجيب بان معنى كلامه والشرط قصد بعد ان يعلم وهو بعيد اذ ليس
في كلامه ما يشير اليه ولا يلوح واقول اي انه اراد بذلك ما ذكرت آنفا وهو ان يجزم بتخصيص الصلوة التي
يدخل فيها وتمييزها الخ لان اجتماع التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور قوله اما الذكر باللسان فلا
معتبر به اي في حق الجواز لكنه حسن لاجتماع عزيمة وقوله ثم ان كانت الصلوة نفلا بيان لكيفية النية
وذلك لان الصلوة التي يدخل فيها اما ان يكون فرضا او غيره والثاني يكفي فيه مطلق النية نفلا كانت او سنة
في الصحيح لان النية في النفل للتمييز عن العادة وهو يحصل بمطلق النية قوله في الصحيح احتراز عما قيل انه لا بد
من ان ينوي سنة الرسول عليه السلام لان فيها صفة زائدة على النفل المطلق كالفرض والاول المصلي فيه
اما ان يكون منفردا او مقتديا بالامام والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذي يدخل فيه كالظهر مثلا ولا يكفيه
ان يقول نويت الفرض لاختلاف الفروض فلا بد من التمييز ومنهم من يقول اذا نوى الظهر او الفجر مثلا ولم ينو
ظهر اليوم او الوقت ان كان يصلي في الوقت لا يجزيه لجواز ان يكون عليه ظهر صلوة فائتة فلا يتعين المقصود والاول
اظهر لان ظهر الوقت مشروع الوقت والفائتة ليست كذلك لانها انما توجد بعارض فمطلقه ينصرف الى ظهر الوقت
واقول الشرط المتقدم وهو ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي يحسم مادة هذه المقالات وغيرها فان العلم به
لحصول التمييز وهو المقصود والمقتدي ينوي الصلوة على الوجه المذكور ومتابعته لانه يلزمه فساد صلوة
المقتدي من جهة ذلك الغير وهو الامام فلا بد من الالتزام الاقتداء حتى لو ظهر فساد الصلوة كان ...
وانما لم يذكر الامام وان اشترط امامة النساء لان حضورهن الجماعة مكروه نادر الوقوع في عامة الامصار
قال ويستقبل القبلة استقبال القبلة ايضا من شروط الصلوة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره اي
شطر المسجد الحرام ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال فلنولينك قبلة ترضاها ثم امر بالتوجه شطر المسجد الحرام
ثم المصلي اما ان يكون بمكة او غائبا عنها والاول فرضه اصابة عينها لان النبي عليه السلام صلى في المسجد الحرام
متوجها الى الكعبة ومضى على ذلك الصحابة والتابعون فكان اجماعا على ذلك والثاني فرضه اصابة جهتها لان
الله تعالى امر النبي عليه السلام والمؤمنين بالتوجه الى المسجد الحرام وهم بالمدينة دون الكعبة وفيه اشارة الى
ان اصابة عينها للغائب غير لازمة لان التكليف بحسب الوسع وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الشيخ ابي عبد الله
الجرجاني ان فرضه اصابة عينها يريد بذلك اشتراط نية عين الكعبة لان اصابة عينها لو غائبا عنها غير ممكن
يطلع عليه فكان التكليف بها تكليفا بما ليس في الوسع فلا يجوز اشتراطها واما من كان اشترط عدم اصابة
الجهة فليس له حاجة الى النية واما نية الكعبة بعد التوجه اليها فكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يشترطه والشيخ
ابو بكر محمد بن حامد لا يشترطه وقال المصنف في التجنيس ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال القبلة
شرط من الشروط فلا يشترط فيه النية كالوضوء قوله ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر بيانه ان التوجه

الى القبلة يسقط بعذر الخوف لاسباب مثل من اختفى من عدوه او سبع ويخاف انه اذا تحرك واستقبل القبلة
يشعر به العدو فانه يجوز له ان يصلي قاعدا بالايماء او مضطجعا حيثما كان وجهه وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول
الى القبلة وليس له من يحوله وكذا اذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخاف انه لو استقبل القبلة سقط في الماء
جاز له ان يصلي حيث كان وجهه لتحقق العذر فاشبه حال الاشتباه ومن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من اهل
ذلك الموضع من يسأله اجتهد وصلى قيد بقوله وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع لانه لو كان بها منهم لم يتحر لان
في امر القبلة واما علينا السؤال وقال اجتهد لانه ليس له ان يصلي بلا اجتهاد لان الصحابة رضي الله عنهم اشتبهت عليهم القبلة
فتحروا وصلوا ثم ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليهم **وقوله** ولان العمل بالدليل الظاهر
واجب ظاهر قوله ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري الى آخره قيل هذا لا يصح جوابا للشافعي لانه لا
ان يقول سلمنا ان التكليف مقيد بالوسع لكن حال العمل ان يأتي بما في وسعه مما امر به ولا يأثم به عند ظهور
الخطأ وليس كلامنا فيه وانما كلامنا اذا ظهر خطؤه بيقين ايكون فعله كلا فعل حتى وجبت الاعادة
ام لا وليس فيما ذكرتم ما يدل على نفيه ولنا ما يدل على ثبوته من الاستقراء كما اذا صلى في ثوب باجتهاد على انه
طاهر فاذا هو نجس وكما اذا توضأ بالتحري بماء في الاواني على انه طاهر فكان بخلافه وكما اذا حكم الحاكم باجتهاده
في حكم ثم وجد نصا بخلافه فان عليه الاعادة فيها كلها لظهور الخطأ بيقين مع جواز العمل بما في وسعه عند توجه
الخطاب بالعمل به فكذلك فيما نحن فيه واجيب بالفرق بان النجاسة وامثالها مما لا يحتمل الانتقال
من المحل الى محل فلم يجز له العمل الا بظاهرها اذ كان اليه تحريه فاذا ظهر ما هو اقوى منه ابطله لانه غيره الا بالانتقال
حتى يقال انه كان في ذلك الوقت طاهرا ثم تنجس بعده بيقين بل هو حين صلى كان ذلك الثوب موصوفا بالنجاسة
وكذا في حكم القاضي بالاجتهاد ونقض بخلافه واما القبلة فهي من قبيل ما يحتمل الانتقال الا ترى انها انتقلت من
بيت المقدس الى الكعبة ومن عين الكعبة الى الجهة اذا بعد عن مكة ومن جهة الكعبة الى سائر الجهات اذا كان راكبا فانه
يصلي حيث ما توجهت اليه راحلته فبعدما صلى الى جهة بالتحري اذا تحول رأيه ينتقل فرض التوجه الى تلك الجهة
فكان تبدل الرأي فيه بمنزلة النسخ فيعمل به في المستقبل ولا يظهر بطلان ما مضى كما في النسخ الحقيقي لان
الشرط ان يكون مبتلى بالتوجه عند القيام الى الصلاة وهو المقصود في الامر بالتوجه الى الكعبة لان الله تعالى
لا جهة له حتى يتوجه اليه وانما يتحقق هذا اذا صلى الى الجهة التي وقع عليها تحريه **قوله** واعلم في الصلاة حال
قباء بالضم والمد موضع في المدينة يصرف ولا يصرف قوله من غير نقض المؤدى قبله لما ذكرنا ان دليل
الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ وان النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي **وقوله** ومن ام قوما في ليلة مظلمة
قوله ومن علم منهم اي من القوم المقتدين بحال الامام قال في النهاية وبهذا القيد وهو علم المقتدين بحال كونهم
مأمومين ليس بلازم في حق فساد صلاتهم فانه لو علم حال الامام قبل الاقتداء فالحكم كذلك وان كان الامام في
الاقتداء على الصحة وفيه نظر لان قوله ومن علم منهم اي من القوم المقتدين حال امامه اعم من ان يكون علم قبل
الاقتداء به او بعده واما ان العلم قبل الاقتداء كالعلم بعده فلما ذكر الحلواني في التجنيس رجل تحرى القبلة فا
فدخل في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل في صلوته وقد علم حاله الاول لا يجوز صلوة
الداخل لانه دخل في صلوته وعلم ان الامام كان على الخطأ في اول صلوته ولو علم من اول الصلوة ان الامام على
الخطأ ودخل في صلوته لم يجز فكذا هذا فقد استشكل صورة هذه المسئلة لانه فرضها في الليلة المظلمة والصلوة

فيها جهرية فهم يعلمون حال الامام بصوته واجيب بكون الصلوة قضاء ويكون الامام ترك الجهر نسيانا او لو
عرفوا امامهم بصوته انه قدامهم لكن لم يميزوا من صوته انه الى اي جهة توجه وقد ذكر غير ذلك في التقريب

باب صفة الصلوة

لما فرغ من ذكر الوسائل شرع في بيان المقصود والوصف
والصفة مترادفان عند اهل اللغة والهاء عوض عن الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين من اصحابنا ان الوصف
هو كلام الواصف والصفة هي المعنى القائم بذات الموصوف والظاهر ان المراد بالصفة ههنا الهيئة الحاصلة
للصلوة باركانها وعوارضها **قوله** فرائض الصلوة ستة القياس ان يقول ست لان الفرائض جمع فريضة لكن
تأوله بالفروض الذي هو جمع فرض وفي بعض النسخ ست وانما قال فرائض الصلوة ولم يقل اركانها
لان الفرائض اعم منها ومن الاركان وغيرها ومن المذكور في الكتاب التحريمة وهي فرض وليست بركن والتحريم
جعل الشيء محرما والهاء لتحقيق الاسمية وانما اختصت التكبيرة الاولى بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء المباحة
قبلها بخلاف سائر التكبيرات وهي فرض لقوله تعالى وربك فكبر وخص ذلك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء وله
يقول الله اكبر وروي انه لما نزل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله اكبر فكبرت خديجة وفرحت وايقنت
انه الوحي فان سورة المدثر اول سورة نزلت ودخلت الفاء لمعنى الشرط كانه قيل وما كان فلا تدع تكبيره
ووجه الاستدلال ان المراد به تكبيرة الافتتاح باجماع اهل التفسير ولان الامر للوجوب وسائرها ليس
بواجب بالاجماع فتعينت لضرورة وكذلك القيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين اي مطيعين وقيل خاشعين
ساكتين وعن مجاهد ان القنوت طول القيام في الصلوة ووجه الاستدلال ما قلنا انه امر بالقيام وهو للوجوب
وليس القيام واجبا خارج الصلوة فكان واجبا فيها للضرورة والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن
ووجه الاستدلال ما مر وسنذكر في فصل القراءة مقدارها وقول مخالفنا في الوجوب والركوع والسجود
لقوله تعالى اركعوا واسجدوا وعلى ما مر من وجه الاستدلال قيل كان الناس في اول الاسلام يسجدون بلا ركوع ويركعون
بلا سجود فامروا ان يصلوا بالركوع والسجود والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم
لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ووجه الاستدلال
انه عليه السلام علق التمام اي تمام الصلوة بالفعل قرأ او لم يقرأ لانه علقه باحد الامرين من قراءة التشهد
والقعود واحدهما وهو القراءة لم يشرع بدون الآخر حيث لم يفعله رسول الله عليه السلام الا فيه والقعود
عند ذلك الاجماع فكان الفعل موجودا على تقدير القراءة البتة وكان هو المعلق به في الحقيقة لاستلزامه
الآخر وكل ما علق بشيء لا يوجد دونه فتمام الصلوة لا يوجد بدون الفعل وتمام الصلوة واجب وما لا يتم
الواجب الا به فهو واجب فالقعدة واجبة اي فرض فان قيل هذا خبر الواحد وهو بصريحه لا يفيد الفرضية
فكيف مع هذا التكليف العظيم اجيب بان قوله تعالى اقيموا الصلوة مجمل وخبر الواحد لحق بيانا به
والمجمل من الكتاب اذا لحقه البيان القطعي فكان الحكم بعده مضافا الى الكتاب لا الى البيان في الصحيح
وقد قررنا ذلك في التقرير لا يقال فليكن الامر في قراءة الفاتحة كذلك فيكون واجبة لان نص القراءة ليس
بمجمل بل هو خاص فيكون الزيادة عليه نسخا بخبر الواحد وهو لا يجوز وفيه وجه آخر وهو ان خبر الواحد اذا كان
متلقى بالقبول جاز اثبات الركنية به فاولى ان يجوز اثبات الفرضية لان درجات الركنية اعلى وقد ثبت ركنية
الوقوف بعرفات بقوله عليه السلام الحج عرفة والوقوف معظم اركان الحج لا محالة والمصنف جعل القعدة من

الصلوة حيث ذكر هاهنا فيما زاد يثبت بخبر تلقى بالقبول قال وما سوى ذلك فهو سنة اى ما سوى ما ذكر
من الفرائض فهو سنة اطلق يعني القدوري اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة الى آخره فلا يكون اطلاقه
صحيحا ذا العذر ما ذكر بقوله وتسميتها سنة في الكتاب اي القدوري لما انه ثبت وجوبها بالسنة واعلم ان المراد
بالواجب ههنا ما يجوز الصلوة بدونه ويجب بتركه ساهيا سجدتا السهو وبالسنة ما فعله رسول الله عليه السلام
بطريق المواظبة ولم يتركها الا بعذر كالثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود وللصلوة آداب وهي الادب
فيها ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة او مرتين ولم يواظب عليه كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود
على الثلث والزيادة على القراءة المسنونة وقوله ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا يعني في الركعة الواحدة
كالسجدة الثانية من الركعة الاولى فان من تركها ساهيا وقام واتم صلوته ثم تذكر فان عليه ان يسجد السجدة
المتروكة ويسجد للسهو لترك الترتيب وقوله فيما شرع مكررا احترازا عما شرع غير مكرر فيها كالركوع فانه بعد
السجود لا يقع معتدا به بالاجماع قوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس في تكبيرات العيدين وقنوت
الوتر فانه لا يجب السجدة على من تركها ساهيا لانها سنة فبتركها لا يتمكن كثير نقصان في الصلوة كما اذا ترك
الثناء والتعوذ لان مبنى الصلوة على الافعال دون الاذكار ووجه الاستحسان وهو الصحيح ان هذه السنة
تضاف الى جميع الصلوة فيقال تكبير العيد وقنوت الوتر فاما تكبيرة الركوع وثناء الافتتاح فغير مضاف
الى جميعها فبتركها لا يتمكن النقصان فيها كذا في الشروح وفيه نظر لانهم قالوا المراد بالواجب ههنا ما يجوز
الصلوة بدونه ويجب سجدة السهو بتركه ساهيا وهذه الاذكار مما يجب السجدة بتركها ساهيا وللصلوة بدونها
جواز فتكون واجبة وليس كذلك والجواب ان ذلك على وجه القياس ويعرف من هذا ان كل ما هو واجب
يجب سجدة السهو بتركه ساهيا وبالعكس على وجه القياس واما على وجه الاستحسان فلا ينعكس فانه ليس كل ما
يجب السجدة بتركه واجبا فانها تجب بترك سنة تضاف الى جملة الصلوة كما ذكرنا فان قيل قراءة التشهد في
القعدة الاولى واجبة ذكره في باب سجود السهو من هذا الكتاب ولم يذكر هنا وكذلك تعديل الاركان
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اجيب بان مقصوده ههنا لم يكن ذكر جميع الواجبات بل بيان ان ما
سوى المذكور ليس بمنحصر في السنة وذلك يحصل بازاء صورة واحدة وقيل قوله وتسميتها سنة في الكتاب
لما انه ثبت وجوبها بالسنة ليس بجيد لانه يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز لانه ح يكون المراد به السنة
والواجب ايضا لانه ثبت بالسنة واجيب بان الجمع بين الحقيقة والمجاز جائز اذا كانا في محلين مختلفين
على مذهب بعض العراقيين والشيخ ابو الحسن القدوري عراقي فلا يرد عليه واما صاحب الهداية فقد تبعه في ذلك
وخلله ظاهر والحق انه ليس من باب الجمع بينهما بل المراد بقوله فهو سنة ثابت بالسنة والواجبات والسنن
المذكورة في هذا الباب داخلة تحت هذا اللفظ بطريق الحقيقة قوله واذا شرع في الصلوة كبر اي اذا اراد الشروع
لان التحريمة ليست بعد الشروع بل الشروع يتحقق بها قال محمد رح في المبسوط اذا اراد الرجل الدخول في الصلوة
كبر قوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وربك فكبر وقوله وقال عليه السلام معطوف على قوله لما تلونا معنى وتحريمها
مصدر حرم وهو مضاف الى فاعله وهو الصلوة ولا يقدر له مفعول لان المقصود اثبات التحريم لها لا ايقاعه
على شيء آخر قوله التكبير يصلح ان يكون محمولا على تحريمها ولا يصلح العكس ايضا على ظاهر الحكم لان تحريم
الصلوة غير افعال الصلوة على المصلي ليس غير التكبير ولا عكسه فيكون معناه تحريم الصلوة بالتكبير لكن جعل التكبير

عين التحريم مبالغة وهو اي التكبير شرط عندنا خلافا للشافعي رح قوله حتى ان من تحرم بيان فائدة الاختلاف
فعندنا لما كانت التحريمة شرطا جاز اداء النفل بتحريمة الفرض وعنده لما كانت ركنا لم يجز ذلك فان اداء الصلوتين
بشرط واحد يجوز وبركن واحد لا يجوز فان قيل الاقسام العقلية ههنا اربعة بناء الفرض على الفرض وبناء
النفل على النفل وبناء الفرض على النفل وبناء النفل على الفرض وهو المذكور في الكتاب فهل يجوز غيره من الاقسام
الباقية اولا فالجواب ان بناء الفرض على الفرض جوزه ابو اليسر قال في مبسوطه لو شرع في الظهر واتمها ثم
سلم وبنى عليه عصرا فات عند اجزاء وفناه القاضي ابو زيد في الاسرار وفخر الاسلام في اول الجامع الصغير
وبناء النفل على النفل يجوز واما بناء الفرض على النفل فقيل لم يوجد فيه رواية والظاهر عدم الجواز لان بناء
المثل على المثل او الاضعف على الاقوى معقول وموافق الاصول لان الشيء يجوز ان يستتبع مثله او ما
دونه واما ان يستتبع ما هو فوقه فلا يجوز لان فيه جعل الاقوى تابعا للادنى فان قلت قوله الشرط
يعتبر وجوده لا وجوده قصدا يقتضي جواز هذه الصورة كالصور الباقية فالجواب ان وجود الشرط لا يوجب
المشروط والمانع وهو ما ذكرنا من اتباع القوي الضعيف موجود فكان ممتنعا قوله اي ان في تقول
يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والنية والوقت وهو ظاهر
وكل ما يشترط لما يشترط لسائر الاركان ركن قياسا على كل واحد من الاركان ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه
فصلى عطف الصلوة على الذكر ولو كان ركنا لما جاز ذلك لانه يلزم عطف الكل على الجزء وفيه عطف الشيء على
نفسه لاشتمال الكل على جزئه ولهذا اي ولانه ليس بركن لا يتكرر كتكرر الاركان في كل صلوة كالركوع والسجود
قوله ومراعاة الشرائط جواب عن قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان ووجهه ان اشتراط ذلك
ليس للتحريمة نفسها وانما هو لما يتصل بها من القيام الذي هو ركن الا ترى ان الاداء لما انفصل عن الاحرام
في باب الحج لم يشترط للاحرام ما هو شرائط الاركان فان الوقت شرط لاداء سائر الاركان ولا يشترط للاحرام
عندنا والاختلاف فيهما على نسق واحد قال ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة ورفع اليدين في اول الصلوة
سنة بلا خلاف لان النبي عليه السلام واظب عليه مع الترك وهو علامة السنة بخلاف ما اذا كان بلا ترك فان
ذلك دليل الوجوب على ما سيأتي واختلفوا في افضلية وقت الرفع فقال شيخ الاسلام وقاضي خان مقارنا
للتكبير ولفظ الكتاب يشير اليه وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي والمروي عبارة عن القول والمحكي
عن الفعل وقال شمس الائمة السرخسي والذي عليه اكثر مشايخنا انه يرفع يديه اولا فاذا استقرتا في موضع
المحاذات كبر وجعله المصنف اصح لان فعله وقوله معنى النفي والاثبات لانه ينفي بفعله الكبرياء عن غير الله
تعالى ويثبت بقوله فيكون النفي مقدما على الاثبات كما في كلمة الشهادة ولا يتكلف للتفريق بين الاصابع
عند رفع اليد بل يتركها على ما هي عليه من الضم والتفريق وما روي انه عليه السلام كبر ناشرا اصابعه معناه
ناشرا عن طيها وقوله ويرفع يديه حتى يحاذي ابهاميه شحمتي اذنيه ظاهر وعندنا قول ابي موسى الاشعري
وعند صاحبات فتح قول ابن عمر ذكره شمس الائمة السرخسي قوله ولان رفع اليد لاعلام الاصم قال في
النهاية كان يجب ان يقول ورفع اليد لاعلام الاصم ايضا بزيادة قوله ايضا لدفع الشافعي صورة لانه
ذكر الا ان معنى رفع اليد نفي الكبرياء عن غير الله فلا يكون لغيره فكانه يجيب عن ان المعلول الواحد
لا يكون له علتان مستقلتان ويجوز ان يكون علة مركبة فاذا قالا ايضا كان نفي الكبرياء واعلام الاصم

علم من كبيرة لرفع اليد ثم اعتد بان المقتدى تابع شمس الائمة قد ذكر كذلك فان ذا بهم ترك التكلف وفهم
المعنى فقيل لو كان لاعلام الاصم لما اتى به المنفرد واجيب بان الاصل هو الاداء بالجماعة قال الله
تعالى واركعوا مع الراكعين فيكون الانفراد نادرا على ان حكمة الحكم لا تراعى في كل احد فان قيل فعلى
هذا يجب ان لا يأتي به المقتدى اجيب بان الاصم يجوز ان يكون في آخر الصفوف **قوله** وهو يا قلنا
اى اعلام الاصم بما قلنا من رفعها حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه **قوله** وما رواه يعني من حديث ابي حميد
يحمل على حالة العذر روى عن وائل بن حجر انه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون ايديهم الى الاذنين ثم
قدمت عليهم من قابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم يرفعون ايديهم الى المناكب
وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انها ترفع يديها حذاء اذنيها
كالرجل لان رفع اليدين انما يكون بكفيها وكفاها ليست بعورة فكما هي والتعلة في رفع اليدين
سواء بخلاف سائر الاعضاء ووجه الصحيح ما ذكره انه استر لها **قوله** فان قال بدل التكبير يدل على ان الاصل
هو التكبير خلافا اعلم ان الشارع في الصلوة اذ قال الله اكبر كان شارعا في الصلوة بلا خلاف واذا قال
الله الاكبر خلافا لمالك رح وكذلك اذا قال الله الكبير خلافا له وللشافعي واما اذا قال الله اجل او اعظم
او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او قال الحمد لله او سبحان الله او لا اله غيره فقد قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
اجزاه وقال ابو يوسف رح ان كان يحسن التكبير اى يمكنه ان يقول الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير
لا يجوز وان لم يحسن جاز وقال مالك رح يقول الاصل فيه ذلك التوقيف والمنقول فيه هو الاول فلا يجوز غيره
واما الشافعي فيقول ادخال الالف واللام فيه اى في الخبر وهو اكبر ابلغ في الثناء لان تعريف الخبر يقتضي حصر
في المبتدأ كما في قولك زيد العالم وقد عرف في موضعه فيكون ما زاد فيه من المبالغة في مقابلة ما فاته من كونه
منقولا فالخبر الثابت بما زاد فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء لان
اثبات الزيادة ليس يراد في صفات الله تعالى لعدم مساواة احد اياه في اصل الكبرياء حتى يكون افعل
للزيادة كما يكون في اوصاف العباد فكان افعل وفعيل سواء ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة قال الله
تعالى فلما رأينه اكبرنه اى عظمنه وهو حاصل بما ذكرنا من الالفاظ وهذا بناء على ان الغرض على اللسان والتكبير
الذي يجوز ان يلحق به غيره اذا كان في معناه وقد قررناه في التقرير وعلى هذا اذا قال الله يصير شارعا لان
فيه معنى التعظيم لكونه مشتقا من التأله وهو التحير وقال محمد لا يصير شارعا لان تمام التعظيم انما يكون
بذكر الاسم والصفة جميعا والجواب ان مناط الحكم حصول التعظيم لا تمامه ولم يذكر انه اذا شرع بتلك
الالفاظ هل يكره او لا قال بعضهم لا يكره وقال بعضهم يكره قال في النهاية وهو الاصح كذا في المحيط
قال وان افتتح الصلوة بالفارسية او القراءة بها في الصلوة او التسمية على الذبيحة جاز عند ابي
حنيفة رح سواء كان قادرا على العربية او لم يكن وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان احسن العربية
لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسنها اجزاه في الجميع ومحمد مع ابي حنيفة في الافتتاح بالعربية فانه يجوز
باى لفظ كان من اسماء الله على ما تقدم ومع ابي يوسف في الفارسية حيث لم يجوزه بالفارسية قالا لان
لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها قال عليه السلام في معرض تفضيل لسان العرب على غيره انا عربي
والقرآن عربي ولسان اهل الجنة عربي واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم للمنظوم عربي

كما نطق به النص وهو قوله تعالى انا انزلناه قرآنا عربيا والقرآن هو المأمور بقراءته في الصلوة قال الله تعالى فاقرؤا
ما تيسر من القرآن على ما يجيء وهذا يقتضي ان لا يترك حالة العجز ايضا الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى كيلا يلزم تكليف ما ليس في
الوسع وصار كمن عجز عن الركوع والسجود فانه جاز له الايماء بخلاف التسمية فان المقصود بها الذكر قال الله تعالى ولا
تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وهو يحصل بكل لسان سواء كان يحسن العربية او لم يحسن في قولهم جميعا وكذلك الشهادة
عند الحكام واللعان والعقود تصح بالاجماع وروى عن الشافعي رح في القراءة كقولهما وروى انه لا يجوز لكنه ان كان
لا يحسن العربية فهو امي يصلي بغير قراءة ولو قرأ بالفارسية فسدت صلوته لانها من كلام الناس ولابي حنيفة قوله
وانه لفي زبر الاولين وصفه بكونه في زبر الاولين ولم يكن القرآن بنظمه فيها لا محالة فتعين ان يكون بمعناه
والمقروء بالفارسية على سبيل الترجمة مشتمل على معناه فيكون جائزا الحاقا به فان قيل قوله تعالى انا انزلناه
قرآنا عربيا محكم لا يحتمل التأويل وقوله لفي زبر الاولين محتمل لان بعض المفسرين ذهب الى ان الضمير للنبي صلى الله عليه وسلم
فكيف يترك المحكم به اجيب بانه تأويل بعيد يفضي الى تفكيك الضمائر فانه قوله تعالى وانه لتنزيل رب العالمين
الى قوله والكلام المعجز مصون عن ذلك فان قيل سلمنا تساويهما في الاحكام لكن يكونان متعارضين فلا
تقوم الحجة فالجواب بان اعمال الدليلين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فيحمل قوله وانه لفي زبر الاولين على حالة
الصلوة لانها حال المناجاة والاشتغال بنظم خاص يذهب بالرقة ويحمل قوله انا انزلناه قرآنا على غير حالة الصلوة
وقد قررناه في التقرير ابسط من هذا **وقوله** ولهذا اى ولكون القراءة لم تكن في الزبر بهذا النظم جازت القراءة
بالفارسية عند العجز ولا شك ان العجز لا يجعل غير القرآن قرآنا **قوله** الا انه يصير مسيئا استثناء من قوله
اجزاه عند ابي حنيفة رح لمخالفة السنة المتوارثة وهي القراءة بالعربية **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول ابي سعيد البردعي
فانه قال انما جوز ابو حنيفة رح القراءة بالفارسية دون غيرها من الالسنة لقربها الى العربية قال شيخ الاسلام
الكرخي والصحيح النقل الى اى لغة كانت **قوله** لما تلونا يعني من قوله وانه لفي زبر الاولين فانه كما لم يكن فيها
بلغة العرب كذلك لم يكن فيها بالفارسية ولان الاعتماد على المعنى عند النقل والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات
قوله والخلاف في الاعتداد اى في انه اذا قرأ بالفارسية هل يكون خارجا عن فرض القراءة اولا ولا خلاف في عدم
الفساد **قوله** ويروى رجوعه روى ابو بكر الرازي ان ابا حنيفة رح رجع الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة
والاجماع والخطبة والتشهد على هذا الخلاف اى يجوز قراءتهما بالفارسية عند ابي حنيفة خلافا لهما **قوله** وفي
الاذان يعتبر التعارف قيل جواب عما يقال قراءة القرآن في الصلوة لكونها ركنا اعظم خطرا من الاذان لكونه
سنة والاذان لا يجوز بغير العربي فكيف جازت قراءة القرآن ووجهه انا لا نسلم عدم جواز الاذان مطلقا
بل يعتبر فيه التعارف فان الحسن روى عن ابي حنيفة انه لو اذن بالفارسية والناس يعلمون انه اذان جاز
وان كانوا لا يعلمون لا يجوز لعدم حصول المقصود وهو الاعلام وكذا ذكر في الاسرار **قوله** وان افتتح
الصلوة باللهم اغفر لي بيان ان الشروع بغير اللفظ المنقول انما يصح اذا كان ثناء خالصا واما اذا كان
مشوبا بالحاجة فلا يجوز بالاتفاق ففي قوله اللهم اغفر لي لا يكون شارعا لانه مشوب بحاجة فلم يكن تعظيما خالصا واما
قال اللهم فقد اختلف فيه فقيل يجزيه لان معناه يا الله فتمحض ذكرا وهو قول اهل البصرة وقيل لا يجزيه لان معناه
يا الله امنا بخير اى اقصدنا بخير وهو قول اهل الكوفة فلم يكن تعظيما خالصا قيل والاول اصح بدليل قوله تعالى
واذ قالوا اللهم ان كان هذا هو الحق من عندك ولو كان معناه واقصدنا بخير فسد المعنى **قال** ويعتمد

اليمنى على اليسرى الا اعتماد الاتكاء وتفسير الاعتماد ان يضع وسط كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى قوله ويعتمد
الى آخره يشير الى الاعتماد وهو الوضع لما ذكرنا وفيه خلاف مالك فانه يقول بالارسال روى عنه انه جعل الارسال
عزيمة والاعتماد رخصة والى موضع الوضع وهو تحت السرة وعند الشافعي الافضل ان يضع يديه على الصدر
لقوله تعالى فصل لربك وانحر فان اهل التفسير قالوا المراد به وضع اليمين على الشمال على الصدر ولنا ما روى انس رضي الله عنه
ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو كما ترى حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع
على الصدر والمراد بقوله تعالى فانحر الاضحية بعد صلوة العيد ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وابعد
من التشبه باهل الكتاب وهو اي التعظيم هو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
انه سنة القراءة وثمرته تظهر في المصلي بعد التكبير فعندهما لا يرسل حالة الثناء وعند محمد يرسل فاذا اخذ
في القراءة اعتمد والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا قوله هو الصحيح احتراز عن قول الفضلي
واصحابه قال الفضلي ان السنة في صلوة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود هو الارسال
وقال اصحابه السنة في هذه المواضع الاعتماد والصحيح ما قال شمس الائمة الحلواني وهو الذي اشار اليه في
الكتاب ان كل قيام فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الاعتماد كما في حالة الثناء والقنوت وصلوة الجنازة وكل قيام
ليس فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الارسال كما في القومة عن الركوع وبين تكبيرات الاعياد وبه كان يفتي شمس
الائمة السرخسي وبرهان الائمة والصدر الشهيد وذكر في فتاوى قاضي خان وكما فرغ من التكبير يضع يده
اليمنى على اليسرى تحت السرة وكذا في تكبيرات العيد وتكبيرات الجنازة والقنوت ويرسل في القومة قوله
ثم يقول اي المصلي سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ومعناه سبحتك يا الله بجميع آلائك
وبحمدك سبحتك وتعاظم اسمك عن صفات المخلوقين وتعالى عظمتك فلم يزد على ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وعن
ابي يوسف اولا وعنه انه يضم اليه قوله تعالى وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما انا من المشركين
ان صلوتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين قال شيخ الاسلام
ولو قال وانا اول المسلمين اختلف المشايخ فيه منهم من يقول تفسد صلوته لانه كذب في صلوته ومنهم من يقول لا
لانه يحمل على انه اراد به قراءة القرآن لا الاخبار عن نفسه قوله يعني اشار الى انه ان شاء قدم الثناء وان
شاء اخره عنه لان الضم صادق عليهما وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان البداءة بالتسبيح اولى لقوله تعالى
وسبح بحمد ربك حين تقوم وجه قوله ما روي عن علي رضي الله عنه انه عليه السلام كان يقول ذلك فاذا وردت الاخبار بهما
يجمع بينهما عملا بالاخبار وجه قولهما ما روى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا
افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم الى آخره ولا يزيد على هذا فيحتاج الى تاويل ما رواه وهو انه محمول
على التهجد فان الامر فيه واسع فاما في الفرائض فلا يزيد على ما اشتهر فيه الاثر ولهذا لا يؤتى بقوله وجل ثناؤك
في الفرائض لانه لم يذكر في المشاهير قوله والاولى ان لا ياتي بالتوجه اي بقوله وجهت وجهي بعد النية قبل التكبير
ليتصل النية به اي بالتكبير قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المتأخرين انه يأتي بها قبل التكبير منهم الفقيه
ابو الليث لانه ابلغ في العزيمة وليكون عملا بما روي في الاخبار وجه الصحيح انه يؤدي الى تطويل مكثه في المحراب
قائما مستقبل القبلة ولا يصلي وهو مذموم شرعا فانه روي عن النبي عليه السلام انه قال ما لي اراكم سامدين قوله
ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم خلافا لمالك فانه لا يرى بذلك لما روي عن انس رضي الله عنه قال صليت خلف

رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وكانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين ولنا
قوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله الآية وظاهره يقتضي ان يكون فرضا كما قال به عطاء الا ان السلف اجمعوا
على انه سنة وانما قال معناه اذا اردت قراءة القرآن نفيا لقول بعض اصحاب الظواهر انه يتعوذ بعد القراءة عملا بظاهر
الفاء فانه ليس بصحيح لما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه انه عليه السلام كان يتعوذ قبل القراءة وقيل الفاء
ههنا للحال كما يقال اذا دخلت على الامير فتأهب اي اذا اردت الدخول وليس بمانع قوله والاولى ان يقول
يتعوذ به فان فيه للقراء اختلافا واختار الفقيه ابو جعفر الهندواني ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن
اي الدليل الدال على التعوذ من القرآن وهو قوله تعالى فاستعذ بالله فانه امر من الاستعاذة ويقرب منه
اعوذ لاشتراكهما في الحروف الاصول وكانه احتراز عن قول من يقول اعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم
وهو رواية حفص من طريق هبيرة لان قوله ان الله هو السميع العليم ثناء وبعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء
ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلونا من قوله تعالى فاذا قرأت القرآن الآية
فيأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد وعند ابي يوسف هو تبع للثناء لانه شرع بعد
الثناء وانه من جنسه لانه دعاء كالاول ويتبع الشيء ما كان بعده فينبغي ان يأتي المقتدي به وقوله ويقرأ
بسم الله الرحمن الرحيم معطوف على قوله ويستعيذ قوله وهكذا نقل في المشاهير احتراز عن قول مالك
وما احتج به فانه يقول لا يأتي المصلي بالتسمية لا سرا ولا جهرا لما روينا من حديث انس وقوله ويسر بهما اي بالتعوذ
والبسملة لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي
يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عليه السلام جهر في صلوته بالتسمية رواه ابو هريرة قلنا هو محمول
على التعليم كما شرع الجهر بالتكبير للاعلام كما روي عن عمر رضي الله عنه انه جهر بالثناء بعد التكبير للتعليم لان انسا
رضي الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلعم وخلف ابي بكر وعمر وعثمان فلم اسمع منهم احدا يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم
واذا تعارضت الآثار وجب التاويل وهو كما قلنا من الحمل على التعليم وقيل كان الجهر في الابتداء قبل نزول قوله تعالى
ادعوا ربكم تضرعا وخفية فانهم كانوا يجهرون بالثناء والقراءة ايضا حتى نزل قوله ولا تجهر بصلوتك فان قيل
خبر الاخفاء بالتسمية مما يعم به البلوى كحديث مس الذكر فان الصلوة التي يجهر فيها بالقراءة ثلث في كل يوم وليلة
فلو كان هذا الخبر ثابتا في الصدر الاول لاشتهر ولو اشتهر لما بقي الاختلاف في الصدر الاول ولما بقي الاختلاف
فيما يعم به البلوى دل على زيافته كما في خبر الزكوة في مال الصبي اجيب بان الاحاديث التي تدل على ثبوت الجهر
توجب الاختلاف فقد ذكرنا تاويلها والتاويل يرفع الاختلاف فلم يكن حينئذ في الصدر الاول اختلاف وفيه
نظر لان رفع التاويل اللاحق للاختلاف السابق ممنوع والصواب ان يقال هذا الاعتراض ساقط بالمعارضة
فان لنا ان نقول خبر الجهر بالتسمية ايضا مما يعم به البلوى الى آخره وقوله فيها الباء زائدة وقع سهوا الا ان يجعل
اسر الحديث بلا باء كقال الله تعالى سواء منكم من اسر القول ومن جهر به ثم عن ابي حنيفة انه لا ياتي بها في كل ركعة
كالتعوذ وهو رواية الحسن عنه لانها ليست بآية من اول الفاتحة وانما قرئ لافتتاح الصلوة والصلوة الواحدة
كالفعل الواحد ولهذا يؤثر الثناء والتعوذ اولها لا آخرها فيكتفى بها مرة واحدة وعند ابي حنيفة
وهو رواية ابي يوسف انه ياتي بها احتياطا لان العلماء اختلفوا في التسمية انها من الفاتحة ام لا وعليه قراءة الفاتحة
في كل ركعة ليكون ابعد من الاختلاف قال الحسن وهو قولهما ولا ياتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد فانه ياتي

في صلوة الجنازة لانه اقرب الى متابعة المصحف ولا يأتي بها فيما يجهر لئلا يختلف نظم القراءة قال ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة اختلف العلماء فيما هو الركن من القراءة فذهب علماؤنا رحمهم الله الى ان الركن قراءة آية وقال الشافعي الى ان الفاتحة وضم سورة معها لقوله عم لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها ووجه الاستدلال به ظاهر والجواب ان الركن لا يثبت الا بدليل قطعي وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به فقلنا به وللشافعي قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وهو كالاول ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن ووجه الاستدلال ان قوله من القرآن مطلق ينطلق على ما يسمى قرآنا فيكون ادنى ما ينطلق عليه القرآن فرضا لكونه مأمورا به فان قراءته خارج الصلوة ليست بفرض فتعين ان يكون في الصلوة وفي الآية كلام سؤالا وجوابا ذكرناه في التقرير وقوله والزيادة بخبر الواحد جواب لمالك والشافعي كما ذكرناه فان قيل لا نسلم انه خبر واحد بل هو مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به اجيب بالمنع لان المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول فيجوز الزيادة به وقد اختلفوا في هذه المسئلة وبانه مأول لاحتمال كونه مذكورا لنفي الجنس او لنفي الفضيلة كما في قوله لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد فكان ظني الدلالة فلا يجوز به الزيادة واذا قال الامام ولا الضالين قولوا آمين كما هو مذهب مالك لان النبي عليه السلام قال اذا امن الامام فأمنوا يقولها اي كلمة آمين ويخفونها اي الامام والمقتدون لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه يريد به ما تقدم من قوله لقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء كما في خارج الصلوة قال الله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية قيل من مذهب ابي حنيفة رح ان الامام لا يقولها اصلا لانه داع والداعي لا يؤمن فكيف يستقيم القول باخفائها واجيب بان ابا حنيفة عرف ان بعض الائمة لا يأخذون بقوله في رواية ولو على ابن مسعود فتفرع الجواب على قولهما كما في باب المزارعة على ما يجيء والحق ان ذلك غير ظاهر الرواية واما على ظاهر الرواية فما ذكره في الكتاب بانه يقولها ويخفيها وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود قال ابن مسعود ترك الناس الجهر بالتأمين وما تركوا الا لعلمهم بالنسخ والجواب عن قوله الداعي لا يؤمن انه ممنوع فان التأمين دعاء باجابة الدعاء الاول ولا فرق في ذلك بين ان يكون من الداعي او غيره وما استدل به الشافعي على سنية الجهر بالتأمين في الجهرية من قوله عليه السلام اذا امن الامام فأمنوا بانه علق تأمين القوم بتأمينه وهو يدل على كون تأمينه مسموعا ليس بقوي لان تأمينه يعرف اذا فرغ من قوله ولا الضالين فلا يلزم ان يكون تأمينه مسموعا والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش قال في التجنيس يفسد به صلوته وقيل عندهما لا يفسد لانه يوجد في القرآن في قوله تعالى ولا آمين البيت الحرام قال ثم يكبر ويركع المصلي بعدما فرغ من القراءة يكبر ويركع وفي رواية القدوري وهذا يقتضي ان يكون التكبير في حالة القيام وبه قال بعض مشايخنا وعن قراءة الصريح هذا الكتاب ان يصحح بلفظ الجامع الصغير اذا وقع نوع مخالفة بين رواية ورواية القدوري فذكر قوله وفي الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط فانه يقتضي مقارنة التكبير للركوع لانه مع يحكم في المقارنة وبه قال بعض آخر قوله لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع دليل قوله ثم يكبر والمراد بالخفض والرفع ابتداء كل ركن وانتهاؤه ومعناه الله اعظم من ان يؤدي حقه بهذا القدر من العبادة لا يقال هذا الحديث يدل على ان ما يفعل عند رفع الرأس من تسميع الامام وتحميد المقتدي ليس بمشروع ولم يفعله النبي عليه السلام لان هذا حكاية فعله عم من الراوي فلا يعارض قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام

سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد فيحمل قولهم على ان المراد بقولهم ويرفع بعضه لاحتماله ولان كلمة كل لم يباشر فان قيل فاذا فعل ما روي بتواتره وعملا بما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كبر حال الركوع وانما كبر اذا رفع رأسه منه اجيب بانه على تقدير ثبوته يترجح ما رويناه لانه اثبت متنا واتقن رواة لانه رواه علي وابن مسعود وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم وما رووه من رواية عبد الرحمن بن ابزى رضي الله عنه ويحمل انه عليه السلام كبر الا ان عبد الرحمن لم يسمع وسمع غيره وهو مما يعم به البلوى فلا يكون قوله وحده فيه حجة وقوله ويحذف التكبير حذفا اي لا يمد في غير موضع المد لان المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما فيكون شاكا في كبرياء الله وهو كفر اذا تعمد به وفي آخره لحن من حيث اللغة اي عدول عن سنن الصواب في اللغة لان افعل التفضيل لا يحتمل المد لغة فان فعل لا يكون شارعا في الصلوة عند بعض مشايخنا وهو قول الفقيه ابي جعفر وتفصيل الكلام في ذلك ان الله اكبر مركب من لفظين ولكل منها اول وآخر ومد الاول من الاول عمدا كفر لشكه في كبريائه وغير عمد مفسد للصلوة وفيه نظر لان الهمزة يجوز ان يكون للتقرير فلا يكون بمثله لا كفر ولا فساد ومد الآخر منه لا يضر لانه اشباع والحذف اولى ومد الاول من الآخر عمدا كمد الاول من الاول ومد الآخر منه اختلف فيه قال بعضهم يفسد الصلوة وقال بعضهم لا يفسد ويجزم الراء من التكبير لما روي عن ابرهيم النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم قوله ويعتمد بيديه على ركبتيه ظاهر قوله الا في حالة السجود يعني انه يضم فيها ليقع رؤس الاصابع مواجهة للقبلة وقوله فيما وراء ذلك اي فيما وراء الركوع والسجود وهو حالة الافتتاح والتشهد يترك على العادة اي لا يعتمد كل الضم ولا يفرج كل التفريج وقوله لان النبي عليه السلام اذا ركع بسط ظهره روت عائشة رضي الله عنها انه كان يعتدل بحيث لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر قوله ولا يرفع رأسه ولا ينكسه معناه يسوي رأسه بعجزه لانه مأمور بالاعتدال وذلك بتساويهما وقوله لا يصوب رأسه اي لا يخفضه ولا يقنعه اي لا يرفعه وانما فسر قول محمد رح وذلك ادناه بقوله ادنى كمال الجمع جمعا بين لفظ المبسوطين فان شمس الائمة قال في مبسوطه لم يرد بهذا اللفظ ادنى الجواز انما المراد به ادنى الكمال فان الركوع والسجود يجوز بدون الذكر الا على قول ابي مطيع يعني تلميذ ابي حنيفة وشيخ الاسلام قال في مبسوطه يريد به ادنى الجمع من حيث جمع العدد فان اقل جمع العدد ثلثة والمص جمع بينهما فقال ادنى كمال الجمع فان قيل المشهور في مثله ادنى الجمع ثلثة فما معنى كمال الجمع فالجواب ان ادنى الجمع لغة يتناول الاثنان لانه فيه جمع واحد مع واحد واما كماله فهو الذي يكون ثلثة لان فيه معنى الجمع لغة واصطلاحا وشرعا فان قيل كمال الجمع ليس بمذكور ولا في حكمه فبم رجع الضمير اليه اجيب بانه سبق ذكره دلالة بذكر الثلث فان زاد على الثلث فهو افضل لكن على وجه لا يمل القوم ان كان اماما لئلا يصير سببا للتنفير المكروه وان نقص جاز ويكره وعن محمد رح وقال ابو مطيع فسدت صلوته لانه ركن مشروع يوجب ان يجعله ذكر مفروض كما في القيام والجواب انه يلزم الزيادة على قوله تعالى واركعوا واسجدوا بالقياس وهو لا يجوز قوله ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده اي قبل الله حمد من حمده فان السماع يستعمل للقبول يقال سمع الامير كلام فلان اذا قبل والهاء في حمده قيل للسكتة وهو المنقول عن الثقات وقيل كناية ويقول المؤتم ربنا لك الحمد

الروايات وروى ربنا ولك الحمد وروى اللهم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة رح وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي عم كان يجمع بين الذكرين وغالب احواله الامامة **وقوله** ولانه اي الامام حرض غيره ولا ينسى نفسه وله قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وهذا الاستدلال لا انه بين قسمة والقسمة تنافي الشركة فان قيل هذا الحديث ينفي ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وعد منها التحميد اجيب بانه قال في الاسرار انه غريب او بانه الرجحان لحديث القسمة لانه مرفوع الى النبي برواية ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفيه نظر لانه ان كان غريبا او مرجوحا لم يكن حجة وقد تمسكنا به في اخفاء التامين فيما تقدم **قوله** ولهذا اي ان القسمة تنافي الشركة لا ياتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رح ولانه يقع تحميده اي تحميد الامام بعد تحميد المقتدي لان المقتدي ياتي بالتحميد حين يقول الامام التسميع فلا جرم يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة **وقوله** والذي رواه يعني ابا هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين فهو محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بين الذكرين في الاصح **قوله** في الاصح احتراز عن القولين الاخيرين المذكورين بعده احدهما الاكتفاء بالتسميع والاخر الاكتفاء بالتحميد وجه الاكتفاء بالتسميع وهو رواية النوادر ان الامام ياتي بالتسميع والمنفرد امام نفسه لان عليه القراءة كما على الامام ووجه الاكتفاء بالتحميد وهو المذكور في الجامع الصغير ان الجمع بين الذكرين يفضي الى وقوع الثاني في حالة الاعتدال ولم يشرع لانتقال الاعتدال ذكر مسنون كما في القعدة بين السجدتين انه يسكت ووجه الاصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ما قال فخر الاسلام ان الحديث صح انه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما وحملناه على حالة الانفراد ولان المنفرد ياتي بالتسميع لما ذكرنا انه امام في حق نفسه وهو حث على الحمد وحيث لا يجب يجب عليه ان يجيب قال والامام بالدلالة عليه اب بمعنى جواب عن قولها ولانه حرض غيره الى اخره ومعناه ان الدال على الخير كفاعله **قوله** ثم اذا استوى كبر وسجد اذا استوى المصلي من ركوعه كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا يعني ما ذكر قبل هذا من قوله عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع وما ذكر في اول الباب من قوله اسجدوا واركعوا اعلم ان تعديل الاركان وهو الاستواء قائما بعد الركوع ويسمى قومة والجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود اي القرار فيهما ليس بفرض عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يفترض ذلك ومقدار الطمانينة بمقدار تسبيحة وهو قول الشافعي وفايدة الخلاف تظهر في حق جواز الصلوة بدونه فعندهما يجوز وعند ابي يوسف رح لا يجوز ولم يذكر هذا الخلاف في ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى في نوادره استدل ابو يوسف بحديث الاعرابي وهو قوله صلى الله عليه وسلم حين رآه نقر نقر الديك قم فصل فانك لم تصل نفى كونه صلوة بترك التعديل فكان ركنا لان انتفاء غيره لا ينفيها ولهما قوله تعالى اركعوا واسجدوا والركوع هو الانحناء يقال ركعت النخل اذا مال والسجود هو الانخفاض وذلك يحصل بدون الطمانينة فيتعلق الركنية بالادنى فيهما ولا يجوز الزيادة بخبر الواحد بطريق الفرضية لانه نسخ وموضعه اصول الفقه هذا ما يتعلق بالركوع والسجود واما القومة والجلسة بين السجدتين فقد اشار اليهما بقوله وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود بل المقصود اداء الركن **وقوله** وفي اخر ما روي جواب عن حديث الاعرابي وتقريره ان النبي صلعم سمى ما صنعه الاعرابي

صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك فلو كان ترك التعديل مفسدا لما سماه صلوة كما لو ترك الركوع او السجود ولانه لو كان فاسدا كان الاشتغال به عبثا فكان لم يتركه عليه السلام الى الفراغ منه ولما كان الحديث مشتركا لاالزام من الجهتين ثم اذا لم يكن التعديل عندهما فرضا فهل هو واجب او سنة فاما الطمانينة في الانتقال وهي القومة والجلسة فهي سنة عندهما واما الطمانينة في الركوع والسجود ففي تخريج الجرجاني سنة وفي تخريج الكرخي واجبة حتى يجب بتركها السهو كما عنده وجه الجرجاني ان هذه طمانينة مشروعة لاكمال ركن وكل ما هو كذلك فهو سنة كالطمانينة في الانتقال ووجه الكرخي ان هذه طمانينة مشروعة لاكمال ركن مقصود بنفسه وكل ما هو كذلك فهو واجب كالقراءة بخلاف الانتقال فانه ليس بمقصود كما تقدم ثم قيل في كيفية السجود والقيام منه ان يضع اولا ما كان اقرب الى الارض عند الركوع وان يرفع اولا ما كان اقرب الى السماء فيضع اولا ركبتيه ثم يديه ثم وجهه وقال بعضهم يضع انفه ثم جبهته ويرفع اولا وجهه ثم يديه ثم ركبتيه **قوله** ويعتمد بيديه على الارض ظاهر ومعنى ادعم على راحتيه اي اتكا وهو افتعال من دعمت الشيء اي جعلت له دعامة **قوله** ويسجد على انفه وجبهته تقديم الانف على الجبهة باعتبار ان الانف اقرب الى الارض فيضعه اولا كما تقدم **قوله** فان اقتصر على احدهما يعني الذي اقتصر عليه ان كان الجبهة جاز باتفاق علمائنا خلافا للشافعي رح وان كان الانف جاز عند ابي حنيفة رح ويكره ولم يجز عندهما الا من عذر وهو رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة اي على اليدين والركبتين والقدمين والجبهة قيل كيف يستقيم الاستدلال بهذا الحديث وانه لو ترك وضع اليدين والركبتين جازت سجدته بالاجماع وهذا لا يدفعه من تلك السبعة واجيب بان الاستدلال بهذا الحديث انما هو في محل السجدة هذه الاعضاء لا على ان وضعها لازم لا محالة والانف غير هذه الاعضاء المذكورة فلا يكون محلا للسجدة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لان وضع جميعه غير ممكن لان الانف والجبهة عظمان ناتيان يمنعان وضع جميع الوجه وهذا ظاهر واذا تعذر وضع الكل كان المامور به وضع البعض الا ان الخد والذقن خارج بالاجماع اذ التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقي الانف والجبهة يصلح محلا للسجود فكذلك الانف وهذا لان الانف لا يخلو اما ان يكون محلا للفرض او لا لا سبيل الى الثاني لان الفرض ينتقل اليه بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلا لما انتقل كالذقن بل انتقل الفرض الى الايماء كما لو كان بهما عذر فتعين الاول ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة والمذكور فيما روي من الخبر هو الوجه في السجود فيكون الانف والجبهة داخلين تحته سواء ولو اكتفى بالجبهة لجاز فكذا لو اكتفى بالانف ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما لان الساجد اسم لمن وضع الجبهة على الارض وقد روي انه عليه السلام قال مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف فالتمثيل يدل على نفي الكمال لا دون الجواز **قوله** عندنا احتراز عن قول زفر والشافعي رح واختاره الفقيه ابو الليث انه واجب لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعضاء والجواب ما تقدم ان هذا الحديث يدل على محل السجدة لا على ان وضع الجميع لازم واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فرض في السجود فاذا سجد ورفع اصابع رجليه عن الارض لا يجوز كذا ذكره الكرخي والجصاص ولو وضع احديهما جاز قال قاضي خان ويكره وذكر الامام التمرتاشي ان اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الاسلام في مبسوطه وهو الحق **وقوله** وان سجد على كور عمامته

صلوة

ظاهر وكور العمامة دورها وكل دور كور والضبع بالسكون لا غير العضد ويجافي بطنه اي يباعد والبهمة ولد الشاة
بعد السخلة فان اول ما تضعه سخلة ثم بهيمة قوله واذا سجد احدكم بارك وهو معطوف على اذا ركع احدكم لانهما
في حديث واحد قوله ثم يرفع رأسه ويكبر الرفع فريضة لما ان السجدة الثانية فرض فلا بد من رفع الرأس
ليتحقق الانتقال اليها والتكبير سنة قوله لما روينا اشارة الى قوله لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل
خفض ورفع قوله وتكلموا اي المشايخ في مقدار الرفع فقال بعضهم اذا زايل جبهته عن الارض ثم اعادها
جاز ذلك عن السجدتين وقال الحسن بن زياد اذا رفع رأسه مقدار ما يجري فيه الريح جاز وهو قريب من
وقال محمد بن سلمة لا يكون عنهما ما لم يرفع جبهته مقدار ما يقع عند الناظر انه رفع رأسه ليسجد اخرى فان
فعل ذلك جاز عن السجدتين والا يكون عن سجدة واحدة وفي القدوري انه يكتفي بادنى ما ينطلق عليه اسم
الرفع وجعل شيخ الاسلام هذا اصح وقال لان الواجب هو الرفع فاذا وجد ادنى ما يتناوله اسم الرفع
بان رفع جبهته كان مؤديا لهذا الركن قال المصنف والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد
ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فيتحقق السجدة الثانية يعني ذلك المقدار من الرفع
هو المروي عن ابي حنيفة ذكره في شرح الطحاوي وتكلم مشايخنا في كون الركوع في كل ركعة مرة والسجود مرتين
فذهب اكثرهم الى انه توقيفي واتباع للشرع من غير ان نعقل له معنى وقد تعبدنا الشرع بما لا نعقل له معنى
تحقيقا للابتلاء ومنهم من ذكر لذلك حكمة فقال انما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان وقيل في السجدة
الاولى يشير الى انه خلق من الارض وفي الثانية يشير الى انه يعاد اليها قال الله تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم
قوله وقد ذكرناه قيل اراد به قوله كان يكبر عند كل خفض ورفع والمناسب لذلك ان يقول لما روينا
ولعله اشارة الى قوله لما روينا قوله ولا يقعد اي لا يجلس جلسة خفيفة ولا يعتمد بيديه على الارض بل على
ركبتيه وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي في حديث مالك بن الحويرث
ان النبي عم كان اذا رفع رأسه من السجود قعد ثم نهض ولنا حديث ابي هريرة رض ان النبي عليه السلام كان
ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على فعله عليه السلام حالة الكبر يعني فعل ذلك حين كبر
واسن على ما روي انه عليه السلام كان يقول لا تبادروني بالركوع والسجود فاني قد بدنت وما رويناه محمول
على حالة القدرة فيوفق بين الاخبار من هذا الوجه او نترك الاخبار كلها للتعارض ونعمل بالقياس وهو قوله
في الكتاب ولان هذه قعدة استراحة لانه لا يأتي بها للفصل فان الفصل بالقعدة انما شرع اما بين السجدتين
او بين الشفعين ولا حاجة الى واحد منهما والصلوة ما وضعت لها قال ويفعل في الثانية مثل ما فعل
في الاولى ويفعل المصلي في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الاولى لانه اي الركعة الثانية وذكر الضمير
باعتبار الخبر تكرار الاركان والتكرار يقتضي اعادة الاول الا انه لا يستفتح قيل اي لا يقول سبحانك
اللهم الخ ويسمى هذا دعاء الاستفتاح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة واحدة لان روات صلوة النبي عليه السلام
ما رووا الا مرة واحدة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى وقال الشافعي يرفعهما عند الركوع وعند
رفع الرأس منه لما روي في حديث ابن عمر وغيره ان النبي عليه السلام فعل كذلك وهو قول الشافعي ولنا ما روى
الطحاوي باسناده الى ابن عمر وابن عباس ان النبي عليه السلام قال لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن
في افتتاح الصلوة وفي التكبير للقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبجمع

وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين اراد بهما الاولى والوسطى دون العقبة والمتنازع فيه ليس من ذلك
وما رواه محمول على الابتداء اي انه كان ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير روي انه رأى رجلا يصلي
في المسجد الحرام يرفع يديه في الصلوة عند الركوع وعند رفع الرأس منه فلما فرغ من صلوته قال لا تفعل
فان هذا شيء فعله رسول الله عليه السلام ثم تركه وفي المبسوط حكاية روي ان الاوزاعي لقي ابا حنيفة في المسجد
الحرام فقال ما بال اهل العراق لا يرفعون ايديهم عند الركوع وعند رفع الرأس منه وقد حدثني الزهري عن
سالم عن ابن عمر انه عليه السلام كان يرفع يديه عندهما فقال ابو حنيفة حدثني حماد عن ابراهيم عن علقمة
عن عبد الله بن مسعود رض ان النبي عليه السلام كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال
الاوزاعي عجبا من ابي حنيفة احدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابراهيم فرجح
حديثه بعلو اسناده فقال ابو حنيفة اما حماد فكان افقه من الزهري وابراهيم كان افقه من سالم ولولا
سبق ابن عمر لقلت بان علقمة افقه منه واما عبد الله فعبد الله فرجح حديثه بفقه الرواة وهو المذهب
فان الترجيح بفقه الرواة وهو المذهب لا بعلو الاسناد والكلام في هذا الموضع كثير وهذا المختصر لا
يحتمله خلا ان المعتمد على الرواة ورواة اصحابنا البدريون من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين
كانوا يلون النبي في الصلوة ورواته ابن عمر ووائل بن حجر كانوا يقومون بعد منه عليه السلام والاخذ بقولهم
الاول اولى وروي عن ابن عباس رض انه قال ان العشرة الذين شهد لهم النبي عليه السلام بالجنة لم يكونوا
يرفعون ايديهم الا عند افتتاح الصلوة قوله واذا رفع رأسه من السجدة الثانية ظاهر قوله ويبسط
اصابعه ويتشهد وهل يشير بالمسبحة اذا انتهى الى الشهادة اولا لم يذكره فمن المشايخ من يقول بانه لا يشير
لان في الاشارة زيادة رفع لا يحتاج اليها فالترك اولى لان مبنى الصلوة على السكينة والوقار ومنهم
من يقول يشير بها وقد نص محمد بن الحسن على هذا في كتاب المشيخة حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ونأخذ بفعله وهذا قول ابي حنيفة وقولنا ثم كيف يشير قال يقبض اصبعه الخنصر والتي تليها ويحلق
الوسطى مع الابهام ويشير بسبابته وكلام المص وهو قوله ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة يشير
الى انه لا يحلق شيئا من الاصابع قال والتشهد التحيات لله اعلم ان لعمر رضي الله عنه تشهدا وعلي
رضي الله عنه تشهدا ولعبد الله بن عباس تشهدا ولعبد الله بن مسعود تشهدا ولجابر رض تشهدا ولعائشة
رضي الله عنها ولغيرهم ايضا تشهدا وعلماؤنا اخذوا بتشهد ابن مسعود والشافعي بتشهد ابن عباس وهو
ما ذكر في الكتاب التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته
سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله قال
والاخذ بما رواه ابن عباس اولى لوجوه اربعة احدها ان فيه زيادة كلمة وهي المباركات والثاني انه
موافق للقرآن قال تعالى تحية من عند الله مباركة طيبة والثالث انه ذكر السلام بغير الالف واللام وكذا
تسليمات القرآن مذكور بغير الالف واللام قال الله تعالى سلام عليكم طبتم قالوا سلاما قال سلام وسلام
عليه يوم ولد واشرف الكلام ما وافق القرآن والرابع انه متأخر عن حديث ابن مسعود لان ابن عباس كان
صغير السن فكان يعمل بالآخر من الشرع واصحابنا رحمهم الله قالوا الاخذ بتشهد ابن مسعود وهو
التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله

الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله اولى بوجوه عشرة ذكر بعضها في الكتاب فانه قال اخذ
رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الخ فقوله
قل امر واقل مرتبة الاستحباب وقوله السلام عليك بالالف واللام يفيد الاستغراق وقوله والصلوة بالواو
يفيد تجدد الكلام كما في القسم وقوله اخذ بيدي وعلمني يفيد زيادة تاكيد ووقع في ذلك اربعة اوجه وقد
ذكر وجوه اخرى منها ان قوله التحيات عام يتناول قربة الصلوة وغيرها فاذا قال الصلوات بغير واو صار
تخصيصا وبيانا انه اراد به الصلوات لا غير ومتى قال بالواو وبقي الاول عاما ما يكون ابلغ في الثناء فكان
اولى ومنها تقديم اسم الله تعالى فانه اذا قدم على الممدوح في ابتداء الكلام ومتى اخر كان محتملا وازالة
الاحتمال باول الكلام اولى ومنها انه علق به تمام الصلوة فدل على ان التمام لا يوجد بدونه ومنها ان تشهد
ابن مسعود احسن اسنادا هكذا قال ائمة الحديث ومنها ان عامة الصحابة اخذوا بتشهده فانه روي ان
ابا بكر رضي الله عنه علم الناس على منبر رسول الله صلعم التشهد مثل ما قال ابن مسعود وهكذا روي سلمان الفارسي
وابن جابر ومعاوية رض ومنها اشتمال تشهده على لفظ العبد الذي يدل على ما يدل عليه من كمال الحال قال الله تعالى
سبحان الذي اسرى بعبده ذكره بلفظ العبد في الموضع الذي هو بيان على مرتبته عليه السلام ومنها حسن
ضبطه متنا فان ابا حنيفة قال اخذ حماد بيدي قال حماد اخذ ابرهيم بيدي وقال ابرهيم اخذ علقمة بيدي
وقال علقمة اخذ ابن مسعود بيدي وقال ابن مسعود رض اخذ رسول الله صلعم بيدي وعلمني التشهد والجواب
عن قوله فيه زيادة كلمة ان الزيادة لو كانت مرجحة كان تشهد جابر اولى لان فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم
وفي خبرنا زيادة الواوات والالف واللام وقوله عبده فكان اولى وعن قوله يوافق القرآن انه ليس بمرجح
لان قراءة القرآن في القعدة مكروه فكيف يستحب ما يوافقه وعن قوله اكثر التسليمات بغير الف ولام انه بمنع
الموافقة وقد قلنا انها مكروهة على ان السلام في القرآن جاء بالالف واللام ايضا قال الله تعالى والسلام علي
يوم ولدت والسلام على من اتبع الهدى وعن قوله ان خبر ابن عباس متاخر انه ليس كذلك روى الكرخي في
حديث ابن مسعود قال كنا نقول في اول الاسلام التحيات الطاهرات الزاكيات لله فدل على ان خبره متاخر عما
رواه ابن عباس وقوله لان ابن عباس يروي آخر السنن ليس بشيء لان احدا لم يرجح رواية اصاغر الصحابة
على اكابرهم ولان ابن مسعود ان تقدمت هجرته فقد دامت صحبته الى ان قبض رسول الله صلعم وقيل في تفسير
التحيات اي العبادات القولية لله والصلوات اي البدنية والطيبات اي العبادات المالية لله وقوله
عليك حكاية السلام الذي رده الله تعالى على نبيه عليه السلام ليلة المعراج لما اثنى على الله بثلثة اشياء ورد الله
عليه في مقابلتها ثلثة اشياء السلام بمقابلة التحيات والرحمة بمقابلة الصلوات والبركة بمقابلة الطيبات والبركة
هي النماء والزيادة وقوله ولا يزيد على هذا اي على مقدار التشهد وقال الشافعي في الجديد يصلي على
النبي عليه السلام في القعدة الاولى لحديث ام سلمة رض في كل ركعتين تشهد وسلم على المرسلين ولنا قول
ابن مسعود رض علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في وسط الصلوة وآخرها فاذا كان وسط الصلوة
نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء وما رواه محمول على التطوع فان كل
شفع من التطوع صلوة على حدة او مراده سلام التشهد قال ويقرأ في الركعتين الاخريين فاتحة الكتاب
ويقرأ في الركعتين الاخريين فاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة وهو ما رواه البخاري في صحيحه باسناده

تفسير التحيات

الى ابي قتادة ان النبي عليه السلام كان يقرأ في الظهر في الاوليين بام الكتاب وسورتين وفي الاخريين بام الكتاب
وهذا بيان الافضل قوله هو الصحيح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة ان القراءة في الاخريين واجبة حتى لو تركها
ساهيا لزمه سجود السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا كما في الركوع
والسجود وجه الصحيح ما ذكر ان القراءة فرض في الركعتين لما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى وقوله ويجلس في
الاخيرة كما جلس في الاولى قيل انما قيد به الاخيرة ليتناول قعدة الفجر وقعدة المسافر وليس بواضح لان
قوله كما جلس في الاولى ينبو عن ذلك وقوله ولما روينا من حديث وائل بن حجر يريد به قوله يروي ذلك في حديث
وائل قوله وعائشة اي حديث عائشة وهو قوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله صلعم قوله ولانها
اي الجلسة على تلك الصفة اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك قال مالك التورك المسنون في القعدة
ان يقعد متوركا بان يخرج رجليه من جانب ويفضي بأليتيه الى الارض في القعدتين جميعا وما كان اشق
وهو افضل والذي يرويه مالك ان النبي صلعم قعد متوركا ضعفه الطحاوي وقال بيانه من حديث عبد الحميد
بن جعفر وهو ضعيف عند نقلة الحديث ولئن صح كان محمولا على الكبر وقوله وتشهد معطوف على قوله جلس
وهو واجب عندنا وصلى على النبي عم وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي فيهما اي في قراءة التشهد والصلوة
على النبي عليه السلام فانهما فرضان عنده اما التشهد فلما روى ابن مسعود كنا نقول قبل ان يفرض التشهد
السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل فقال النبي عم قولوا التحيات لله الى ان قال في آخره اذا قلت هذا
او فعلت هذا فقد تمت صلوتك اطلق اسم الفرض على التشهد وقال قل والامر للوجوب وعلق التمام به فلا يتم
بدونه واما الصلوة على النبي عليه السلام فلقوله تعالى صلوا عليه والامر للوجوب ولا وجوب خارج الصلوة
فكان فيها ولنا على عدم فرضية التشهد حديث ابن مسعود فانه علق التمام باحد الامرين واجمعنا على ان التمام
معلق بالقعدة فانه لو تركها لم يجز فلا يتعلق بالثاني ليتحقق التخيير فان موجبه التخيير بين الشيئين لا تعيين احدهما
وكذلك على عدم فرضية الصلوة عليه لانه علق باحدهما فمن علق بثالث غيرهما وهو الصلوة فقد خالف النص
والجواب عن استدلاله بالحديث ان معنى الفرض التقدير اي قبل ان يقدر التشهد والامر مصروف على سبيل
التعليم فلا يفيد الفرضية فانه لم يبدأ في بعض الكلمات فان الفرض عندهم خمس كلمات فقد اجتنبا من قوله علق
التمام به آنفا وعن الآية انا لا نسلم انه لا وجوب خارج الصلوة فانها واجبة فيه لنا مرة واحدة كما ذكره
الكرخي او كلما ذكر النبي عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر لان الوجوب الذي يقتضيه الامر
قد حصل فانه لا يدل الآية على كونها في الصلوة البتة وهو مختار صاحب التحفة وقول الكرخي مختار شمس الائمة وكيفية
الصلوة على النبي عليه السلام ان تقول اللهم صل على محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد
كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم في العالمين انك حميد مجيد كذا نقل عيسى بن ابان عن محمد بن الحسن عن النبي عليه السلام
وعن علي وابن مسعود وابن عباس وجابر رضي الله عنهم انهم قالوا لرسول الله عليه السلام عرفنا السلام عليك فكيف
الصلوة عليك فقال عليه السلام قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وبارك على محمد وعلى آل محمد وارحم محمدا
وآل محمد كما صليت وباركت وترحمت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم في العالمين انك حميد مجيد وحكي عن محمد بن عبد الله
بن عمر انه كان يقول نحن امرنا بتعظيم الانبياء وفي قوله وارحم محمدا نوع موهم بالنقص والبدع وذهب
شيخ الاسلام فيتركه وقال شمس الائمة السرخسي انه لا بأس به لان الاثر ورد به من طريق ابي هريرة ولا عتب على من

في دعاء الصلوة

وعلى آل محمد

اتبع الأثر ولأن أحدا لا يستغني عن رحمة الله قوله والغرض المروي إشارة إلى ما ذكرنا من الجواب عن استدلاله
قال ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن والأدعية المأثورة هذا معطوف على قوله وصلى على النبي عليه السلام
يشبه ألفاظ القرآن مثل أن يقول اللهم اغفر لي ولوالدي ومثل قوله اغفر لأبي والأدعية المأثورة يجوز بالنصب
عطفا على الألفاظ ويجوز بالجر عطفا على القرآن والمأثورة هي المروية عن رسول الله عليه السلام منها ما روي
عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم علمني يا رسول الله دعاء أدعو به في صلوتي فقال قل اللهم إني
ظلمت نفسي ظلما كثيرا وإنه لا يغفر الذنوب إلا أنت فاغفر لي مغفرة من عندك إنك أنت الغفور الرحيم وكان
ابن مسعود رضي الله عنه يدعو بكلمات منهن اللهم إني أسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم أعلم وأعوذ بك من الشر كله
ما علمت منه وما لم أعلم قوله لما روينا من حديث ابن مسعود يريد به قوله ثم إذا كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما
يعجبه وقال له النبي عم حين قال له يعني حين قال له إذا قلت هذا إلى آخره ثم قال له ثم اختر من الدعاء أعجبه وأطيبه
إليك بتذكير الضمير وهو الموافق لما ذكر في السنن وفي بعض نسخ الهداية أعجبها وأطيبها قالوا وليس بشيء والنسخ
بالتأنيث فعلى تأويل الدعوات لحصول الاستغراق في الدعاء بدخول اللام وقيل على تأويل الكلمات
قوله ليكون أقرب إلى الإجابة وذلك لأنه يستجاب الدعاء للنبي عم ولا يحسن من الكريم أن يستجيب بعض
الدعاء دون بعض آخر فيستجيب الجميع قوله ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن فساد الجزء الملاقي لكلام
الناس لا جميع الصلوة بالاتفاق لأن حقيقة كلام الناس بعد التشهد لا يفسد الصلوة فكيف ما يشبهه
وهذا عندهما ظاهر وكذا عند أبي حنيفة لأن كلام الناس صنع من المصلي فيتم به صلوته فكان بالدعاء الذي
يشبه كلام الناس بعد التشهد خارجا عن الصلوة لا مفسدا لها ثم فسر ما يشبه كلام الناس وما لا يشبهه فقال
ما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم
ولقائل أن يقول بين هذا التفسير وبين ما تقدم من قوله بما يشبه ألفاظ القرآن منافاة لأنه لو قال اللهم اغفر
لأخي ينبغي أن لا يجوز نظرا إلى الأول وقد نقل عن أبي بكر محمد بن الفضل وأن يجوز نظرا إلى الثاني ويمكن أن
يجاب عنه بأن ذلك ليس اختيار المص إذ ليس المراد أن يكون ألفاظ الدعاء عين ألفاظ القرآن فلا يمتنع اللهم
اغفر لأخي لأنه مما يستحيل سؤاله من الناس واختلف في قوله اللهم ارزقني فمنهم من يقول لا بأس به لأن الرزاق
هو الله ليس إلا ومنهم من يقول تفسد به الصلوة وهو اختيار المص وفي بعض النسخ هو الصحيح لاستعماله فيما
بين الناس يقال رزق الأمير الجيش قوله ويسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك
التسليم على هذا الوجه قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وروى ابن مسعود أن النبي عم
كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الأيسر والأخذ بقول كبار الصحابة
أولى مما قال به مالك أنه يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عائشة وسهل بن سعد الساعدي أن النبي عليه السلام
فعل كذلك لأن كبار الصحابة كانوا يلونه عليه السلام وعائشة كانت في صف النساء وسهل كان من صغار الصحابة
فيحتمل أنهما لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روي أنه عليه السلام كان يسلم الثانية أخفض من الأولى وينوي
بالتسليمة الأولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وهذا وضع الجامع الصغير وفي وضع الأصل قدمت
الحفظة وليس في ذلك دلالة على أن بني آدم أفضل من الملائكة ولا عكسه لأن الواو لمطلق الجمع وإنما ينوي عند
التسليم لأنه إقامة سنة فلا يكون إلا بالنية كما في سائر السنن وهكذا قالوا في التسليم خارج الصلوة ينوي السنة وكذا

في الثانية أن ينوي فيها ما نوى في الأولى وقال لأن الأعمال بالنيات فإن قيل فقد أبيتم اشتراط النية في الوضوء بهذا
الحديث فكيف استدل به هاهنا فالجواب أنا إنما أبينا اشتراطها فيه لاستلزامه الزيادة على الكتاب كما تقدم وهاهنا ما
جعلناها شرطا وإنما استدللنا بظاهره لفظا على سنيتها لا يخالف كتابا ولا سنة حتى يستلزم الزيادة قال
هذا شيء تركه الناس لأنه قل ما ينوي أحد شيئا قوله ولا ينوي النساء في زماننا يعني أن ما قال محمد من نية النساء في زمانهم
وأما في زماننا فلا ينوي النساء لأن حضورهن الجماعات متروك بإجماع المتأخرين ولا من لا شركة له في صلوته
من المؤمنين الجن قوله هو الصحيح احتراز عما قال الحاكم الشهيد أنه ينوي جميع الرجال والنساء من شارك
ومن لا يشاركه ليكون على وفق سلام التشهد يعني قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ووجه الصحيح
سلام التحليل خطاب والخطاب حظ الحاضرين بخلاف سلام التشهد لأنه تحية عام للحضور والغيب الصالحين
من عباده على ما قال عليه السلام إذا قال المصلي السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أصاب كل عبد صالح من
أهل السماء والأرض قال ولا بد للمقتدي من نية إمامه قيل تخصيص الإمام بالذكر يؤيد قول من يقول
بالتسليمة الأولى لا غير وعما قيل الإمام يجب أن لا ينوي لأنه يجهر بالسلام ويشير إليهم وهو فوق النية فلا حاجة
إلى النية قوله ولا ينوي في الملائكة يشير إلى أن المراد بالحفظة الكرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم
أنه ينوي به ذلك وهم اثنان واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن يساره يكتب السيئات بل المراد بها كل
معهم من الملائكة ولا يحصر في ذلك عددا معلوما لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت روى ابن عباس أنه قال
مع كل مؤمن خمس من الحفظة واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن يساره يكتب السيئات وآخر أمامه يلقنه
الخيرات وآخر وراءه يدفع عنه المكاره وآخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي عليه السلام ويبلغه إلى الرسول
صلى الله عليه وسلم وفي بعض الأخبار مع كل مؤمن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون ملكا وإذا كان كذلك
فينوي بهم بدون حصر في عدد فأشبه الإيمان بالأنبياء عليهم السلام نؤمن بكلهم ولا نحصرهم في عدد لئلا
يخرج منهم من هو منهم ولا يدخل فيهم من ليس منهم قوله هو متمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها
التسليم وجه الاستدلال به أن الألف واللام ليس للعهد لعدم معهود فكان للاستغراق فالجنس فقد جعل
جنس التحليل في الصلوة بالسلام فمن أثبت بغيره فقد خالف النص ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي
عليه السلام لما علمه التشهد قال له إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلوتك فإن شئت أن تقوم فقم وإن
شئت أن تقعد فاقعد ووجه التمسك أنه عليه السلام حكم بتمام الصلوة قبل السلام وخيره بين القعود
والقيام وهذا ينافي فرضية أمر آخر ووجوبه إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا دون الفرضية لأنه خبر واحد
وبمثله لا يثبت الفرضية

فصل في القراءة

لما فرغ من بيان صفة الصلوة وكيفيتها
وبيان أركانها وفرائضها وواجباتها وسننها ذكر أحكام القراءة في فصل على حدة لزيادة أحكام تعلقت بها
دون سائر الأركان وابتدأ بذكر الجهر والإخفاء دون ذكر القدر وإن كان العكس متعينا لأن القدر بمعنى
راجع إلى الذات والجهر والإخفاء راجع إلى الصفة لأن الجهر من صفات الأداء الكامل والقدر يعم الأداء والقضاء
أيضا فكان الابتداء بذكر صفة تختص بالأداء الكامل الذي هو الأصل في شرعية الصلوة أولى قوله ثم المصلي إن
كان إماما يجهر في الجهر في الركعتين الأوليين من المغرب والعشاء ويخفي في الأخريين هذا هو المأثور المتوارث
أي المنقول عن النبي عليه السلام والصحابة والتابعين من الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت واجب للسنة وهو

عن ابي هريرة انه قال في كل صلوة نقرأ فما اسمعنا رسول الله عليه السلام اسمعناكم وما اخفى علينا اخفينا عليكم
واجماع الامة فان الامة اجمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة
فيما يخافت وبالمعنى المعنوي فانها ركن من اركان الصلوة فيجب اظهارها في الصلوة كلها كسائر الاركان ولهذا كان
رسول الله عليه السلام يجهر بالقراءة في الصلوات كلها الا ان الكفار لما الغوا عند القراءة وشطوا في الظهر والعصر
ترك الجهر فيهما بهذا العذر والعذر وان زال بكثرة المسلمين بقيت المخافتة كالرمل في الطواف واما في المغرب
والعشاء والفجر فالكفار كانوا متفرقين وبيانا ما يجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقراءة في هذه الصلوات
على ما هو الاصل وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت
لانه ليس معه من يسمعه فلما تجاذب موجب الجهر والاخفاء ثبت التخيير كما ذكر قوله واسمع نفسه دفعا لما يتوهم
ان يترك الجهر الاسماع ولا اسماع ههنا اذ ليس معه احد يسمعه ووجهه ان الفائدة لم تنحصر في اسماع الغير بل من
فائدته اسماع نفسه فيخير لذلك وبيانا للحكم وهو ان لا يجهر هنا كل الجهر اذ ليس معه احد يسمعه بل يأتي بادنى الجهر
فكان معناه ان شاء جهر واسمع نفسه ولا يسمع غيره والجهر افضل ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفي الامام
القراءة في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله صلى الله عليه وسلم صلوة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة مسموعة ثم
انما قيد بهذا احترازا عن قول ابن عباس رض وتفسيره فانه يقول لا قراءة في هاتين الصلوتين لقوله عليه السلام
صلوة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة والدليل على عدم صحة تفسيره ما روي انه قيل لخباب بن الارت بم عرفتم قراءة رسول الله عليه السلام في صلوة الظهر والعصر قال باضطراب لحيته وما روي عن
قتادة رض كان رسول الله صلعم يسمعنا الآية والآيتين في الظهر احيانا وقال مالك رح يجهر الامام فيهما
بعرفة لان الصلوة هناك تقام بجمع عظيم فيجهر فيهما كما في الجمعة والحجة عليه ما روينا وما ورد عليه بانه ليس بحديث
وانما هو من كلام الحسن البصري كما ذكر في المغربين والفائق للزمخشري ولئن سلم فهو عام مخصوص خص منه
الجمعة والعيدان فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة واجيب بان اصحابنا رحمهم الله ملازمون كتبهم
ونقلوا ان ابن عباس رض كان يفتي بعدم القراءة كما تقدم وليس من اهل الاهواء والبدع ولولا ثبت
عندهم اسناده لما نقلوا ذلك وعن الثاني بان الجمعة والعيدين ليست بمخصوصة لان الجمعة فرضت بالمدينة
وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله عم فيها بالقراءة فكان نسخا لا تخصيصا والنسخ بالقياس لا يجوز
وكذا في الاعياد وبه عرف حكم الجمعة والعيدين والنقل المستفيض اي الثابت المنتشر ما روى ابو حنيفة
في مسنده باسناده الى النعمان بن بشير ان النبي عليه السلام كان يقرأ في الجمعة سبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك
حديث الغاشية وهو يدل على انه كان يجهر حتى يسمع قراءته وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا
بالفرائض في حق المنفرد وهذا يدل على ان الجهر افضل لان الفرض في حق المنفرد كذلك وقد ورد
ان النبي عم كان في تهجده يؤنس اليقظان ولا يوقظ الوسنان ولا يظن انه عليه السلام كان يفعل الا
الافضل وليس في بعض النسخ قوله ومن فاتته صلوة العشاء الى قوله ومن قرأ في العشاء والصواب ذكرها
لانها من اصل مسائل الجامع الصغير حيث قال فخر الاسلام في الجامع الصغير من المسئلة مسئلة الكتاب
والمص التزم ذكر مسائل الجامع الصغير وقوله وان كان وحده خافت حتما هو الصحيح خلافا لما ذكره شمس الائمة
السرخسي وفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي رحمهم الله في شرحهم للجامع الصغير فانهم قالوا

ع فيصليها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل النبي عليه السلام حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة هـ

الجهر افضل لان القضاء يكون على وفق الاداء وفي الاداء المنفرد يتخير بين الجهر والمخافتة والجهر افضل لان
القضاء يكون على وفق الاداء وفي الاداء يتخير بين الجهر فكذلك في القضاء واما تعليل المص فتقديره ان
الجهر اما ان يكون واجبا او جائزا وسبب الاول الجماعة والفرض ههنا عدمه وسبب الثاني الوقت والفرض
عدمه فتعين الاخفاء وشرح ان السبب ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون موافقة القضاء الاداء
سببا للجواز ايضا في حق المنفرد ويمكن ان يجاب عنه بان ما ذكره المص من سببي الجهر ثابت بالاجماع فقد
انتفى كل منهما فينتفي الحكم واما موافقة القضاء الاداء فليس على سببيتها اجماع ولا نص يدل عليها
فجعلها سببا يكون اثبات سبب بالرأي ابتداء وهو يؤدي الى الشركة في وضع الشرع وذلك باطل ولعل
هذا حمل المص على الحكم بكونه حتما هو الصحيح فيكون معنى قوله وهو الصحيح دراية لا رواية فان اكثر الروايات
على الجواز كما ذكرنا آنفا ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ فاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين
وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر يعني بهما على الصحيح كما نذكر وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان كل واحد منهما واجب ولهذا لو ترك احدهما
ساهيا وجب عليه سجدة السهو قضاها في الشفع الثاني او لم يقض والواجب اذا فات عن وقته لا يقضى
الا بدليل وهو ليس بموجود لان الدليل هو ان يكون ما لم يشرع ما ينصرف الى ما عليه والسورة في الاخريين
غير مشروعة اولها وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها
في الاخريين ترتب الفاتحة على السورة اذ المقدر انه قرأ السورة ثم يقضي الفاتحة في الشفع الثاني فالذي
وقع في الشفع الثاني بعد الذي وقع في الشفع الاول فيكون الفاتحة بعد السورة وهو خلاف الموضوع
ونوقض بترتب الفاتحة التي في الشفع الثاني على السورة التي في الركعة الثانية من الشفع الاول فانه يترتب الفاتحة
على السورة وهو مشروع لا محالة واجيب بان ذلك على وجه الدعاء وليس الكلام فيه وانما الكلام في
قراءة الفاتحة على وجه قراءة القرآن ولقائل ان يقول ان الفاتحة الواقعة في الشفع الثاني تجعلها كالواقعة في
الشفع الاول فالمقدر انها وقعت قبل السورة حكما لان ذلك محلها فيكون السورة مترتبة على الفاتحة دون
العكس والجواب ان تقديرها كالواقعة في الشفع الاول للضرورة تداركا للفائت ان امكن وليس بممكن
لاستلزامه تغيير المحسوس والضروري ضعيف لا يثبت به تغيير المحسوس بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن
قضاؤها على الوجه المشروع وهو ترتب السورة على الفاتحة والجواب عن قول ابي يوسف انا لا نسلم
ان السورة في الاخريين غير مشروعة قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان السورة في الاخريين
مشروعة نفلا ولهذا لو قرأ فيها لا يلزم سجود السهو وقوله ثم ذكر هنا اي في الجامع الصغير ما يدل على الوجوب
لانه قال قرأ فيكون بمنزلة الامر بل آكد وفي الاصل بلفظ الاستحباب لانه قال اذا ترك السورة في الاوليين
احب الي ان يقضيها اما وجه ما ذكره في الجامع الصغير فقد بيناه واما وجه ما ذكر في الاصل كما قال في الكتاب
لانها اي السورة ان كانت مؤخرة عن الفاتحة فغير موصولة بالفاتحة الاولى لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية
فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ولم يذكر الشق الآخر وهو ان يكون مقدمة على الفاتحة لبعده لانه يفضي
الى تغيير مشروع آخر وهو تقديم السورة على الفاتحة وان ذهب اليه بعضهم وقوله ويجهر بهما هو الصحيح احتراز
عما روى ابن سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يجهر بالسورة خاصة لانه في الفاتحة مؤد فيها

قوله احتراز عما روى ابن سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف

صفة اى انها وفى السورة قاصر ويجهر بها كما كان يجهر بالاداء ولا يكون جمعا بين الجهر والمخافتة فى ركعة واحدة لان القضاء يلحق بمحل الاداء وفيما روى هشام عن محمد انه لا يجهر اصلا لانه لا يجهر بالفاتحة لما قلنا فلو جهر بالسورة كان جمعا بين الجهر والمخافتة فى ركعة واحدة صورة وحقيقة وذلك غير مشروع ووجه الصحيح ما ذكر ان الجمع بين الجهر والمخافتة فى ركعة واحدة شنيع فاما ان يخفيهما كما روى هشام عن محمد وفى ذلك تغيير صفة الواجب وهو السورة لاجل مراعاة صفة النفل وهو الفاتحة وهو اتباع الاقوى للادنى واما ان يجهر بهما وفيه تغيير صفة النفل لاجل صفة الواجب فهو اولى قال ثم المخافتة ان يسمع نفسه اعلم ان اجزاء الكلام المستولى على اللسان على نوعين كلام وقراءة لان الغرض منها اما ان يكون افادة النسبة للمخاطب اولا فان كان الاول فهو الكلام والا فهو القراءة وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة وقد اختلف علماؤنا رحمهم الله فى الحد الفاصل بينهما فذهب الفقيه ابو جعفر الهندوانى الى ان المخافتة هو ان يسمع نفسه وما دون ذلك مجمجة ودندنة ليس بكلام ولا قراءة والجهر هو ان يسمع غيره كما ترى جعل كل واحد منهما نوعين من الكيفيات المسموعة وقال لان مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا يسمى قراءة يعنى لا لغة ولا عرفا وفيه نظر فان من رأى المصلى الاطروش من بعيد يحرك شفتيه يجزم انه يقرأ وان لم يسمع منه شيئا وقال الكرخى ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف وقال لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ فان الاطروش يتكلم ولا يسمع وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة واعترض عليه بان الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا يسمى قراءة لعدم الصوت وهو فاسد لانه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقا قراءة بل تصحيح الحروف باللسان قراءة الا ترى الى قوله لان القراءة فعل اللسان وقوله وفى لفظ الكتاب يعنى فى مختصر القدورى وهو ما ذكر فى اول الفصل بقوله فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه وان شاء خافت وقيل فى المبسوط حيث قال فان كان وحده وكان يصلى صلوة يجهر فيها بالقراءة قرأ فى نفسه ان شاء وان شاء جهر واسمع نفسه وشيخ الاسلام اوّل هذا الكلام نصرة لابى جعفر بان المراد بقوله وقرأ فى نفسه ان يسمع نفسه لا غيره وبقوله وان شاء جهر واسمع نفسه ان يسمع نفسه وغيره فصار كانه قال المنفرد فيما يجهر فيها بالقراءة بالخيار ان شاء اسمع نفسه لا غيره وان شاء اسمع غيره واسمع نفسه وهذا كما ترى تأويل بعيد محتمل اذ ليس فى كلام محمد ما يحمله قوله وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق يعنى اذا قال انت طالق او انت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخى خلافا للهندوانى وكذا اذا جهر فيهما وخافت بالاستثناء او الشرط بحيث انه لم يسمع نفسه لم ينفعه الاستثناء اصلا ولا تأخر الى وجود الشرط عند الكرخى وعند الهندوانى ينفعان فى الحالين وعلى هذا التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة قال وادنى ما يجزى من القراءة فى الصلوة القراءة فى الصلوة اما ان يكون فى الحضر او فى السفر فان كانت فى الحضر فهى على ثلثة اقسام قسم يتعلق به الجواز وقسم يخرج به عن حد الكراهة وقسم يدخل به فى حد الاستحباب وان كانت فى السفر فاما ان يكون المصلى فى عجلة من السير او امنة وقراءة ما ذكر هنا الحكم ما ذكر خلافا للعجلة تاثيرا فى التخفيف وادنى ما يجزى من القراءة فى الصلوة سواء كانت فى الحضر او فى السفر عند ابى حنيفة رحمه الله آية واحدة وان كانت كلمتين فصاعدا فلا خلاف بين المشايخ وان كانت كلمة واحدة كمدهامتان او حرفا واحدا كص ففيها خلاف المشايخ وقالا ثلث آيات قصار او آية طويلة كآية الكرسى وآية المداينة لان الرجل لا يسمى قاريا بدونه اى بدون المذكور من ثلث

آيات او آية طويلة فاشبه قراءة ما دون الآية وقراءة ما دون الآية غير مجزية فكذلك قراءة الآية وحقيقة كلام ان الآية الواحدة وان كانت قرآنا حقيقة الا انه فى العرف ينطلق على ثلث آيات او آية طويلة فيصار اليه ولابى حنيفة رح قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير فصل بين آية وما فوقها وهذا لان الآية الواحدة قرآن حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانها يحرم قراءتها على الحائض والجنب فتدخل فى اطلاق قوله من القرآن دون الا ان ما دون الآية خارج جواب عما يقال لو كان المراد من قوله ما تيسر من القرآن مطلقه من غير فصل لجاز بما دون الآية كما جاز بالآية لان الاطلاق يتناولها تناولا واحدا ولكن لم يجز بما دون الآية فكذلك بالآية ووجه ان ما دون الآية لم تدخل فى الاطلاق بالاجماع لان المطلق ينصرف الى الكامل والكامل من القرآن ما هو قرآن حقيقة لكنه ليس بقرآن حكما حيث جاز قراءته للجنب والحائض فلا ينصرف المطلق اليه وعلى هذا التقرير يكون قوله خارج بمعنى لم تدخل لانه ابرز الكلام مبرز الاطلاق والتقييد لا العموم والخصوص ولهذا قال فيما تقدم والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز ولان التخصيص عندنا ليس بطريق الاخراج بل بطريق ان المخصوص لم يدخل تحت الحكم على ما عرف فى اصول الفقه ولو زيادة تمهيد تقرير ما فى التقرير وقوله والآية ليست بمعناه اى فى معنى ما دون الآية مستغنى عنه لانه ذكره لدفع من عسى يتوهم ان ما دون الآية لما لم يدخل تحت الاطلاق فيلحق الآية به فى ذلك فقال الآية ليست فى معناه فلا يلحق به قوله وفى السفر لما قدم الكلام فى السفر مع انه من العوارض وهى الحق بالتاخير اما لانه مظنة قلة القراءة فكان انسب لذكر قراءة الآية الواحدة واما لان شعب بحث الحضر كثيرة فاراد ان يفرغ من بحث السفر ليتخلى لبحث الحضر على فراغ وكلامه فى السفر ظاهر والامنة بفتح الميم وهى الامن ولما كان السفر مظنة التخفيف ادير الحكم عليه وخفف فى القراءة وان كان مسافر حال الامن الا ترى انه اثر فى اسقاط شطر الصلوة وان كان على امنة وقرار فلان يؤثر فى تخفيف القراءة اولى فان قيل هذا التعليل لما ذكر فى طريق ابى حنيفة رح فى مسند الاحوات فى باب الانجاس حيث استدل هناك بوجود التخفيف ثم على التخفيف ثانيا واباه ذلك هناك اجيب بان الفرق بين الموضعين بان العمل بتخفيف القراءة عمل بالدلالة لان كل شئ ظهر تاثيره فى الاصل كان اولى ان يظهر تاثيره فى الوصف او لكونه تابعا للاصل بخلاف الاحوات فان الضرورة علة فيه فتخفيف مرة وكيف موضعها بها فلا يعمل ثانية ويقرأ فى الحضر فى الفجر فى الركعتين باربعين آية او خمسين سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ويروى من ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثار قال مورق العجلى تعلمت سورة قاف واقتربت من فى رسول الله عم لكثرة قراءته لها فى صلوة الفجر وفى حمس واربعون آية واقتربت خمس وخمسون اوست وخمسون آية وروى عن ابن عباس ان النبى عليه السلام قرأ فى الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل اتى على الانسان والاولى ثلثون والثانية احدى وثلثون فلما اختلفت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفت رواية محمد فيها وفى لفظ الكتاب اشارة الى ان هذه المقادير انما يكون فى الركعتين لا فى ركعة واحدة حتى يكون على رواية الا بعين فى كل ركعة عشرون قوله ووجه التوفيق يعنى بين الروايات ظاهر قوله وفى الظهر مثل ذلك اى مثل ما قرأ فى الفجر لاستوائهما فى سعة الوقت وروى ان النبى عم كان يقرأ فى الظهر الم تنزيل السجدة قال ابو سعيد الخدرى حزرنا قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الظهر فحزرنا انه قرأ الم تنزيل السجدة وفى حديث انه كان يقرأ فى صلوة الفجر الم تنزيل السجدة وفى الثانية هل اتى على الانسان فدل على انه قرأ فى الظهر ما قرأ فى ركعتى الفجر وقال فى الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه

تحرزا عن الملال وقد روى ابو سعيد الخدري رضه انه كان يقرأ في الظهر قدر ثلثين آية وهو نحو سورة الملك وفي العصر
والعشاء سواء يعني في سعة الوقت على وجه الاستحباب يقرأ فيهما باوساط المفصل لما روى جابر بن سمرة رضه ان النبي عم
كان يقرأ في الركعتين الاوليين من العصر والسماء ذات البروج والسماء والطارق ولحديث معاذ بن جبل رضه ان
قومه شكوا الى رسول الله صلعم تطويل قراءته في العشاء فقال له النبي عم افتان انت يا معاذ اين انت من سبح اسم ربك
الاعلى والشمس وضحاها وفي المغرب بقصار المفصل لما روى انه عليه السلام قرأ في صلوة المغرب بالمعوذتين وطوال
المفصل من سورة الحجرات الى سورة والسماء ذات البروج والاوساط منها الى لم يكن والقصار منها الى الآخر
وقيل طوال من الحجرات الى عبس واوساط من كورت الى والضحى والقصار منه الى آخر المصحف ونحوه ويطيل الركعة
الاولى من الفجر بجري التوارث من لدن رسول الله صلعم الى يومنا هذا وفيه اعانة للناس على ادراك الجماعة
ولا يطيل في غيرها عندهما وقال محمد احب الى ان يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روى
ابو قتادة رضي الله عنه ان النبي عم كان يطيل القراءة في الركعة الاولى في الصلوات كلها ولهما ان ركعتي
الصلوة مطلقا استويا في استحقاق القراءة لكونها ركنا في الجميع وكلما كانا كذلك يستويان في المقدار
الا بعارض غير اختياري لان سبيله دون تحقق وسبب التفاوت غير موجود فيما قلنا بعارض غير اختياري في
صلوة الفجر لان تطويل الركعة الاولى متفق عليه فيها ولذا لا يرد ما قال ابو جانب محمد ان معنى تفضيل الركعة
الاولى على الثانية موجود في سائر الصلوات الا ان الغفلة في الفجر بسبب النوم وفي غيره باشتغال المكاسب
لان غفلتهم تلك باختيارهم بخلاف النوم ثم المعتبر في التطويل بالآيات ان كانت متساوية او متقاربة من
حيث الكلمات والحروف واما اذا كانت متفاوتة من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات والحروف في مقدار زيادة احدى
على الاخرى فمنهم من اعتبر الثلث والثلثين بان يكون الثلثان في الاولى والثلث في الثانية وقال في شرح
الطحاوي ينبغي ان يقرأ في الاولى بثلثين آية وفي الثانية بقدر عشر آيات او عشرين وهذا بيان الاولوية واما
بيان الحكم فالجواز وان كان التفاوت فاحشا بان قرأ في الاولى باربعين وفي الثانية بثلث آيات واما اطالة
الركعة الثانية على الاولى فمكروه بالاتفاق ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث آيات لان النبي عم
قرأ في المغرب بالمعوذتين والثانية اطول باية ولما قال في الكتاب من قبل لعدم امكان الاحتراز عنه من غير
حرج والحرج مدفوع وهذا في الفرائض واما في غيرها فعن ابي يوسف ان زيادة احدى الركعتين على الاخرى يكره
وقيل ليست بمكروهة لان امر النوافل اسهل الا ترى انها جازت قاعدا مع القدرة على القيام قال
وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها بحيث المسئلة والتي بعدها يرى انهما في افادة الحكم واحد لكن
بل هما مختلفان وضعا وبيانا اما الوضع فلان الاولى من مسائل القدوري والثانية من مسائل الجامع الصغير
وقد التزم الاتيان بهما اذا اختلفت الروايتان واما البيان فلان معنى الاولى ليس في شيء من الصلوة
تعيين قراءة سورة بعينها لا يجوز الصلوة بغيرها وهو احتراز عن مذهب الشافعي فانه عين قراءة الفاتحة حتى قال
لا يجوز الصلوة بغيرها من السور فقلنا انه باطل لاطلاق ما تلونا من قوله فاقرؤا ما تيسر من القرآن ولا عمل
على ما يلزم النسخ الشكر ... لما تقدم ان قراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا خلافا للشافعي لان ما تقدم
كان من لفظ الهداية وههنا ذكر على انه من لفظ القدوري ومعنى الثانية يكره ان يعين المصلي شيئا من القرآن
مثل الم السجدة وهل اتى على الانسان لشيء من الصلوات كالفجر يوم الجمعة لا على انه لا يجوز بغيرهما وهو ايضا

احتراز

احترازا عن مذهب الشافعي فانه يستحب ذلك لحديث ابن مسعود رضه ان النبي عم كان يقرأهما في صلوة الفجر فكيف
يكون مكروها وقلنا ان في ذلك هجرا للباقي وايهام التفضيل بلا دليل وذلك مكروه لقوله تعالى وقال الرسول
يا رب ان قومي اتخذوا هذا القرآن مهجورا شكى الرسول قومه قريشا الى ربه باتخاذهم القرآن مهجورا وهو
يوجب الحرمة لولا دلالة الجواز بغيرها فهو يكون مكروها لا يقال ليس في ذلك هجر وانما هو تفضيل بدليل وهو
ما رويناه من حديث ابن مسعود لان ذلك معارض بما روى جابر بن سمرة رضه ان النبي عليه السلام كان يقرأ
في الفجر ق وبما روى انه اقام عليه السلام بتبوك اربعين ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة واذا زلزلت
فعلم انه عليه السلام ما واظب على ذلك ففي استحباب المواظبة مخالفة له عليه السلام وحمل الصلوة على غير المستحب
والكراهية اعظم من تلك نعم لو فعل ذلك احيانا كما فعله عليه السلام قلنا باستحبابه للتبرك بقراءة النبي عليه السلام
ولا يقرأ المؤتم خلف الامام سواء كان في الصلوة الجهرية او غيرها خلافا للشافعي في الفاتحة فانه يقول
يجب عليه قراءتها في صلوة السر وفي الركعات التي لا جهر فيها وكذا فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه قال اصحابه
ويستحب للامام على هذا القول ان يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ المقتدي الفاتحة ويستدل على ذلك بان
القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه كما في سائر الاركان ولنا قوله عليه السلام من كان له امام فقراءة
الامام له قراءة حدث به ابو حنيفة في مسنده عن موسى بن عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر بن عبد الله
لا يقال هذا الحديث معارض بقوله لا صلوة الا بقراءة فيسلم استدلاله بالقياس سالما لانا نقول بالموجب
اي سلمنا انه لا صلوة الا بقراءة ولكن ليس الكلام فيه وانما الكلام في ان قراءة الامام قراءة له اولا وحديثهم
لا يدل على نفي ولا على اثبات وحديثنا يدل على ثبوته فعملنا به حذرا عن الالغاء ولهذا لم يذكر المصنف حديثهم
في الاستدلال لعدم الفائدة في ذكره **وقوله** وعليه اجماع الصحابة قيل فيه نظر لان منهم من يقول بوجوب
قراءة الفاتحة على ما روي عن عبادة بن الصامت واجيب بان المراد به اجماع اكثر الصحابة فانه روي
عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة منع المقتدي عن القراءة خلف الامام وقال الشعبي ادركت سبعين بدريا
كلهم يمنعون المقتدي عن القراءة خلف الامام وليس بشيء لان بهذا المقدار ليس اكثر الصحابة وايضا المذكور
عندنا ان خلاف الواحد كخلاف الاكثر وقيل المراد به اجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم وقد روي عن عبد الله
بن زيد بن اسلم عن ابيه قال كان عشرة من اصحاب النبي عليه السلام ينهون عن القراءة خلف الامام اشد النهي ابو بكر
الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص وعبد الله
بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ويجوز ان يكون رجوع المخالف
ثابتا فيتم الاجماع ويجوز ان يقال لما ثبت نهي العشرة المذكورة ولم يثبت رد احد عليهم عند توفر الصحابة
كان اجماعا سكوتيا قوله وهو ركن مشترك جواب عن قوله القراءة ركن وتقريره فسلمنا انه ركن مشترك
بينهما لكن حظ المقتدي منها الاستماع والانصات لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا المراد
عن ابن عباس رضه ان اصحاب رسول الله عليه السلام قرؤا خلفه عليه القرآن فنزلت ولما روى ابو هريرة رضي الله عنه
انه عليه السلام قال انما جعل الامام اماما ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فانصتوا الحديث **قوله** ويستحسن
قراءة الفاتحة على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد لما روى من حديث عبادة بن الصامت ويكره عندهما لما فيه
من الوعيد وهو ما روي انه عليه السلام قال من قرأ خلف الامام ففي فيه جمرة وقال فقد اخطأ السنة

وقيل المراد به ما روي عن سعد بن ابي وقاص انه قال من قرأ خلف الامام فسدت صلوته وما روي عن عمر بن الخطاب قال ليت في فم الذي يقرأ خلف الامام حجرا وغير ذلك ولا منافاة في ذلك لجواز ان يكون الكل مرادا قوله ويستمع وينصت وان قرأ آية الترغيب اي الى الجنة او الترهيب اي من النار ووعيد المذكور في الكتاب ظاهر وهل يسأل ويتعوذ الامام او المنفرد اولا لم يذكره هنا فاما الامام فلا يفعل ذلك لا في الفرض ولا في النفل لانه لم ينقل ذلك عن النبي عم ولا عن الائمة بعده واما اذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة انه قال صليت مع رسول الله عليه السلام صلوة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة الا وقف وسأل الله الجنة وما مر بآية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار وكذلك اذا كان الخطيب يخطب الخطبة يستمع القوم وينصتوا لما روى ابو هريرة ان النبي عليه السلام قال من قال لصاحبه والامام يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلوة له وكذلك ان صلى على النبي عم يسمعون وينصتون سأل ابو يوسف ابا حنيفة اذا ذكر الامام هل يذكرون ويصلون على النبي عم قال احب الي ان يستمعوا وينصتوا ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون فقد احسن في العبارة واحترز من ان يقول لا يذكرون ولا يصلون على النبي عم وانما كان الاستماع والانصات احب لان ذكر الله والصلوة على النبي عليه السلام ليس بفرض واستماع الخطبة فرض فلا يجوز ترك الفرض لاقامة ما ليس بفرض وقوله الا ان يقرأ الخطيب استثناء من قوله وكذلك ان صلى يعني اذا قرأ الخطيب استثناء من قوله وكذلك ان صلى قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما يصلي السامع في نفسه لان الخطيب حكى عن الله انه يصلي وعن الملائكة انهم يصلون وحكى امر الله بذلك وهو قد اشتغل بذلك فكان على القوم ان يشتغلوا بالصلوة تحقيقا لما طلب منهم وقد روي هذا عن ابي يوسف وهذا اذا كان قريبا من المنبر واما اذا كان نائيا بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا في ان قراءة القرآن اولى ام الانصات روي عن محمد بن سلمة ان الانصات اولى وهو اختيار الكرخي وقد اختاره المص بع لان المأمور به عند قراءة القرآن شيئان الاستماع والانصات فاذا فاتنا لم العمل باحدهما عمل امتثالا للامر بحسب الامكان وقال بعضهم قراءة القرآن اولى وهو اختيار الفضل لان الامر بالانصات انما كان لاجل الاستماع للتدبر وحيث فات ذلك فقراءة القرآن احرز للثواب

باب الامامة

لما فرغ من ذكر افعال الامام من بيان وجوب الجهر والمخافتة ومن تقدير القراءة بما هو سنة قراءة الامام وذكر افعال المقتدي من وجوب الاستماع والانصات ابتدأ بذكر صفة شرعية الامامة بانها على اي صفة هي من المشروعات فذكر من يصلح لها وما يليق من خواص الامامة فقال الجماعة سنة مؤكدة اي قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل بمعاهدتها على وجود الايمان بخلاف ساير المشروعات وهي التي يسميها الفقهاء سنة الهدى اي اخذها هدى وتركها ضلالة واشار الى ذلك قوله عليه السلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق وليس المراد بالمنافق المصطلح وهو الذي يبطن الكفر ويظهر الايمان والا لكانت الجماعة فريضة لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة وكان آخر الكلام مناقضا لاوله فيكون المراد به العاصي والجماعة من خصايص الدين فانها لم يكن مشروعة في دين من الاديان ولا صحة لقول من يجعلها فرض عين كاحمد وبعض اصحاب الشافعي بع وقولهم لو صلى وحده لم يجز ولا لقول من يقول انها فرض كفاية كاكثر اصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي لانهم يستدلون بانه مؤولة كقوله تعالى واركعوا مع الراكعين او بخبر واحد وذلك لا يفيد الفرضية قوله واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة اي بالفقه والشريعة اذا كان يحسن من القراءة ما يجوز به الصلوة وعن ابي يوسف ان اولهم بها اقرؤهم لكتاب الله اي اعلمهم بالقراءة وكيفية اداء حروفها لان القراءة ركن في الصلوة لا بد منها والحاجة بالعلم انما يكون اذا نابت نايبة اي اذا عرض عارض مفسد ليمكنه اصلاح صلوته وقد يعرض وقد لا يعرض ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم يحتاج اليه لسائر الاركان والخطأ المفسد للصلوة لا يعرف الا بالعلم والمصلح لها كذلك كان فان تساووا يعني في العلم بالسنة فاقرؤهم لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة وجه الاستدلال ظاهر واعترض بوجهين احدهما ان قوله عليه السلام يؤم القوم بمعنى الامر والامر للوجوب فيكون الترتيب الواقع في الحديث واجب الرعاية سواء كان المراد ما وقع في ظاهره من تقديم الاقرأ او ما وقع في الكتاب من تقديم الاعلم بالسنة وليس كذلك فان الترتيب المذكور للافضلية دون الجواز والثاني ان الاستدلال به خلاف المدعى فان المدعى تقديم الاعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الاقرأ لكتاب الله واجيب عن الاول بانه ليس بمعنى الامر بل هو صيغة اخبار لبيان الشرعية وهو حقيقة فلا يصار الى المجاز مع امكان العمل بها تماما ولكنه للاستحباب بالاجماع وعن الثاني بان اقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه على ما روي عن عمر انه حفظ سورة البقرة في اثني عشر سنة فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا لا يقال بذا يفضي الى التكرار اذ يؤول معنى الحديث الى يؤم القوم اعلمهم فان تساووا فاعلمهم بالسنة لان المراد اقرؤهم اي اعلمهم باحكام كتاب الله دون السنة وقوله اعلمهم بالسنة اي اعلمهم باحكام كتاب الله والسنة لانه قال فان تساووا اي فان تساووا في العلم باحكام كتاب الله فاعلمهم بالسنة فعلم ان قوله اعلمهم بالسنة هو اعلمهم بكتاب الله والسنة فكان الاعلم الثاني غير الاعلم الاول وقوله فان تساووا فاورعهم ليس في لفظ الحديث في ترتيب الامامة انما في الحديث بعد ذكر الاعلم ذكر اقدمهم هجرة لكن اصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورع والصلاح لان الهجرة كانت منقطعة في زمانهم فجعلوا الهجرة عن المعاصي مكان تلك الهجرة والورع الاجتناب عن الشبهات والتقوى هو الاجتناب عن المحرمات فان تساووا فاسنهم ظاهر ولم يذكر ان تساووا في السن وذكر غيره احسنهم خلقا ثم احسبهم ثم اصبحهم وجها وجملة القول ان المستحب في التقديم ان يكون افضل القوم قراءة وعلما وصلاحا ونسبا وخلقا وخلقا اقتداء برسول الله عليه السلام فانه كان هو الامام في حيوته لسبقه ساير البشر بهذه الاوصاف ثم انهم الافضل فالافضل قال ويكره تقديم العبد العبد لا يتفرغ لتعلم احكام الصلوة فتكره الصلوة خلفه وقال الشافعي لا يترجح الحر عليه اذا استويا في القراءة والعلم والورع لقوله عليه السلام اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع والجواب ان تقديمه يؤدي الى تقليل الجماعة لان الناس يستنكفون عن متابعته وما يؤدي اليه مكروه والمراد بالحديث الامارة ويكره تقديم الاعرابي لغلبة الجهل فيهم والفاسق لانه لا يهتم بامر دينه وقال مالك لا يجوز الصلوة خلفه لانه لما ظهر منه الخيانة في الامور الدينية لا يؤتمن في اهم الامور وقلنا عبد الله بن عمر وانس بن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين صلوا خلف الحجاج وكان افسق اهل الارض والاعمى لما ذكر في الكتاب وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه اي يؤدبه ويعلمه وان تقدموا وصلوا جازت الصلوة لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ووجه الاستدلال ان كل واحد من هؤلاء المذكورين اما ان يكون برا او فاجرا فيجوز الصلوة خلفه على كل حال ولا يطول الامام بهم الصلوة لقوله عليه السلام من ام قوما الحديث وحديث معاذ حين شكا قومه تطويل قراءته معروف وصح انه عليه السلام قرأ بالمعوذتين في صلوة الفجر يوما فلما فرغ قالوا اوجزت

قال عليه السلام سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان تفتتن وذلك اوضح دليل على ان الامام ينبغي له ان يراعي حال قومه
ويكره للنساء ان يصلين جماعة لانهن في ذلك لا يخلون عن ارتكاب محرم اي مكروه لان امامهن اما ان يتقدم على القوم
او يقف وسطهن وفي الاول زيادة الكشف وهي مكروهة وفي الثانية ترك الامام مقامه وهو مكروه والجماعة سنة وترك
السنة اولى من ارتكاب المكروه فصار حالهن كحال العراة فانهم اذا ارادوا الصلوة بجماعة وقف الامام وسطهم
لئلا يقع بصرهم على عورة فانه مكروه بترك السنة لاجله وفي ان الافضل للكل من النساء والعراة ان يصلي
خلا ان العراة يصلي كل منهم منفردا قاعدا بايماء دون النساء. قوله فان فعلن اي صلين بجماعة قام
الامام وسطهن لما ذكر في الكتاب من الاثر والمعقول فان قيل تعارضت ههنا حرمتان زيادة الكشف في التقدم
وترك مقام الامام بالتوسط فلم رجحت رعاية جانب الكشف على جانب ترك المقام اجيب بان الاحتراز عن الكشف
فرض والاحتراز عن ترك مقام الامام سنة والفرض مرجح لا محالة. وقوله وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام
جواب عما يقال اذا كانت امامتهن مكروهة فكيف فعلت عائشة رض ووجهه انها فعلت ذلك في ابتداء الاسلام
وكانت جائزة سنة تقف الامام وسطهن فنسخ سنيتها دون الجواز فانهن لو صلين جماعة جازت بالاجماع
تقدمت الامام او توسطت لاستجماع شرايط الجواز ولكن الافضل التوسط لرجحان جانب الستر كما ذكرنا وههنا
بحث من اوجه الاول ان النبي عم اقام بمكة ثلث عشرة سنة ثم تزوج عائشة رضي الله عنها بالمدينة فكيف يصح قوله
حمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام والثاني ان المذهب عندنا ان انتفاء صفة الوجوب يستلزم انتفاء
الجواز كما عرف ولا فرق بين الوجوب والسنة في ذلك لوجود الموجب فيهما كوجوده فيه وهو دليل للزوم
على آخر وقد قررنا طرق ذلك في التقرير فاذا نسخت السنية نسخ الجواز والاستدلال بالمنسوخ غير صحيح والثالث
ان امامتهن في صلوة الجنازة غير مكروهة وارتكاب احد المحرمين فيها موجود والرابع ان التعليل بزيادة الكشف
غير صحيح لبقاء الحكم بدونها فان المرأة لو لبست ثوبا من قرنها الى قدمها وامت النساء خاصة ولا رجل ثمه
فانه لا كشف هناك اصلا فضلا عن الزيادة وتقدمها مكروه وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح والجواب عن
الاول انه يجوز ان يكون المراد بابتداء الاسلام ما قبل زمان الانتساخ فانه ابتداء بالنسبة وعن الثاني بان
الجواز الباقي جواز في ضمن الكراهة والذي كان في ضمن السنة نسخ معها والاستدلال بفعلها لبيان انها كانت
سنة ونسخت وانما جوزت في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرايط وانتفاء موانعه مع ما في
كراهة من ارتكاب المحرم وعن الثالث بان تركهن الجماعة انما كان لاجتماع السنة مع الكراهة فتركنا السنة
لاجل الكراهة وفي صلوة الجنازة اجتمع الفرض مع الكراهة فقد ابتلين بترك الفرض تحرزا عن ارتكاب المكروه
واقامته مع ارتكابه واقامته مع ارتكاب اولى وانما قلنا ذلك لانهن ان صلين جماعة وقامت الامام وسطهن
ادين فرضا لكون الصلوة فرضا على الكل وارتكبن مكروها وان صلين فرادى تركن المكروه لكن على وجه يؤدي
الى فوات الصلوة عن بعضهن لان الفرض يسقط باداء الواحدة وقد يتفق فراغ واحدة قبل الباقيات
فيكون الصلوة من الباقيات نفلا والتنفل بصلوة الجنازة غير مشروع وعن الرابع بان ذلك نادر لا حكم له
على ان ترك التقدم ثابت بالسنة والتعليل لايضاحها قال ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه اذا صلى
الامام مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رض فانه قال بت عند خالتي ميمونة لاراقب صلوة النبي عم
بالليل فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم ثم قرأ آخر سورة آل عمران ان في خلق السموات

والارض واختلاف الليل والنهار لآيات الى آخرها ثم قال قام الى شن معلق فتوضأ وافتتح الصلوة فقمت فتوضأت ووقفت
على يساره فاخذني باذني وادارني خلفه حتى اقامني عن يمينه وفي مبسوط شيخ الاسلام فمررت خلفه فاخذ ذوابتي واقامني
عن يمينه فعدت الى مكاني فاعادني ثانيا وثالثا فلما فرغ قال ما منعك يا غلام ان تثبت في الموضع الذي اوقفتك
قلت انت رسول الله صلعم ولا ينبغي لاحد ان يساويك في الموقف فقال صلعم اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل
فاعادة رسول الله عليه السلام الى الجانب الايمن دليل على انه هو المختار اذا كان مع الامام رجل واحد واعترض
بان الجماعة في صلوة النفل بدعة وصلوة الليل كانت نافلة واجيب بان التهجد كان فرضا على النبي عليه السلام
فكان اقتداء متنفل بمفترض ولا يتأخر المقتدي الواحد عن الامام في ظاهر الرواية وعن محمد انه يضع اصابعه
عند عقب الامام ولا معتبر بطول المقتدي الذي بحيث وقع سجوده قبل الامام بل العبرة للموقف. وقوله لانه
خالف السنة يعني ما ذكرنا من حديث ابن عباس رض ولم يفصل ما بين اذا وقف خلف الامام او عن يساره وهو
اختيار بعض المشايخ ومنهم من فرق وقال لا يكون مسيئا اذا كان خلف الامام لان ابن عباس رض فعل ذلك
وقد دعا له النبي عليه السلام كما ذكرنا آنفا بخلاف ما اذا اقام عن يساره فان حذيفة رض فعل ذلك ورده عليه السلام
قوله ونقل ذلك عن ابن مسعود روي ان ابن مسعود رضي الله عنه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما
ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما عن انس بن مالك رض ان جدته مليكة دعت رسول الله عليه السلام
لطعام صنعته فاكل منه ثم قال قوموا فاصلي لكم قال انس فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضحته بماء فقام
عليه رسول الله عليه السلام وصففت انا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا فصلى لنا رسول الله صلعم ركعتين ثم انصرف
فهذا اي تقدم النبي صلعم دليل الافضلية ولان دليل الاباحة لم يعكس ليكون من باب تعليم الجواز والاباحة كما هو زعم
ابي يوسف حملا لفعل النبي عم على الافضلية وقال ابراهيم النخعي وما روي عن ابن مسعود كان لضيق البيت فاذا لا
يكون ثبتا وقيل اليتيم اخو انس لابيه وفي كتب الحديث ضميرة واليتيم علم غالب له كالنجم للثريا
ووجه الاستدلال بقوله من حيث اخرهن الله ما قال ابو زيد في الاسرار حيث عبارة عن المكان ولا مكان يجب
تاخيرهن فيه الا مكان الصلوة وقيل يجوز ان يكون للتعليل يعني كما اخرهن الله للشهادة وللارث والسلطنة
وسائر الولايات. قوله واما الصبي فلانه متنفل واضح لانه غير مكلف. وقوله فلا يجوز اقتداء المفترض به يجيء
بيانه. وقوله السنن المطلقة يعني بها السنن الرواتب المشروعة قبل الفرائض وبعدها وصلوة العيد على احدى
الروايتين والوتر عندهما وصلوة الكسوف والخسوف والاستسقاء عندهما. قوله جوزه مشايخ بلخ لانهم
قاسوا هذه المسئلة بمسئلة المظنون بعلة ان النفل في حق الصبي غير مضمون فصار كنفل البالغ اذا كان غير مضمون
وهي مسئلة المظنون لانهما سواء في هذا الوصف ولم يجوزه مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر بخارا وسمرقند
ومنهم اي من المشايخ من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف لا يجوز اقتداء البالغ
بالنفل المطلق ومحمد جوزه والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها وهذا اختيار شمس الائمة لمذهب مشايخ بلخ على المظنون
وتقرير قياس اقتداء البالغ بالصبي على الاقتداء بالظان فاسد لان المظنون مجتهد فيه لان عند زفر
القضاء واجب على الظان وكل مجتهد فيه يجعل من طرفيه على البدل فالمظنون يجعل وجوب القضاء بالنظر الى
اجتهاد زفر والمانع من القول بوجوبه مطلقا انما هو العارض وهو ظن الامام وهو عارض غير معتمد عليه
ان لم يكن باعتبار عدمه ويجعل يكون المظنون واجب القضاء مطلقا فكان اقتداء ضامن بضامن بخلاف الصبي

فان عدم القضاء بالاجماع لا يخلو كونه مضمونا والقضا ايضا عارض منه لا يمكن اعتبار عدمه فكان اقتداء ضامن

بغير ضامن وهو بناء القوي على الضعيف بخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة تتحد لعدم الضمان على واحد

منهما فكان بناء الضعيف على الضعيف قال ويصف الرجال ثم الصبيان بهذا ترتيب القيام خلف الامام

وليليني امر من اولى وهو القرب والاحلام جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النايم وغلب استعماله فيما يراه النايم فروع لانه

البلوغ والمراد ليليني البالغون منكم والنهى جمع نهية وهى العقل فان قيل هذا الحديث يدل على تقديم الرجال على

الصبيان واما تقديم الصبيان على النساء فلا دلالة عليه اجيب بان الصبيان تابع للرجال لاحتمال

رجوليتهم ويجوز ان يقال تقديمهم عليهن ثابت بفعل النبي عم فانه اقام العجوز وراء اليتيم ولكنه لم يذكر في الكتاب

وقوله ولان المحاذاة دليل معقول وتمهيد لذكر مسئلة المحاذاة قوله فان حاذته امراة اعلم ان المحاذاة

المفسدة هي ان تحاذى قدم المراة عضوا من الرجل في الصلوة وشرايطها ان يكون المراة مشتهاة حالا او

ماضيا منوية امامتها وان يكون الصلوة مطلقة مشتركة تحريمة واداء وان لا يكون بينهما حايل وذكر المراة مطلقة

ليتناول المحارم والحليلة والاجنبية وذكر الحال ليتناول الصغيرة المشتهاة واختلف في حد الشهوة فحده

بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين والاصح ان لا معتبر بالسن فان كانت تصلح للجماع كانت مشتهاة والا

فلا وذكر الماضي ليتناول العجوز التي يتنفر منها الرجال لما انها كانت مشتهاة وشرط نية امامتها لان اقتداءها

لا يصح بدونها فلا يفسد صلوة الرجل ووصف الصلوة بكونها مطلقة احترازا عن صلوة الجنازة فان المحاذاة

لا تفسدها لانها ليست بصلوة على الحقيقة وانما هي دعاء للميت ولهذا لا يصح اقتداء الرجل بالمراة فيها والشرط

بالصلوة المطلقة في اشتمالها على التحليل والتحريم وشرط الاشتراك وهو يتحقق باتحاد الفرضين وباقتداء

المتطوع بالمتطوع وبالمفترض وان يكون الاشتراك تحريمة واداء حتى لا يكون المحاذاة فيما اداه ما سبقا

به مفسدة لان المسبوق في اداء ما سبق منفرد بدليل وجوب القراءة وسجدة السهو فلم يكونا مشتركين اداء

بخلاف اللاحق لانه يؤدى مع الامام تقديرا فان قيل اذا اقتدت ناوية للعصر برجل يصلي الظهر لم يصح اقتداؤها

فرضا وانما يصح نفلا فقد وجد الشرط ولم يفسد الصلوة اجيب بالمنع وشرط عدم الحايل لانه اذا كان

بينهما حايل مثل مؤخرة الرحل لا تفسد وقد ظهر من هذا انه اذا فات شرط من شروطها لا يفسد لما قال انها

عرفت مفسدة بالنص وهو ما روى انس ان جدته مليكة صنعت طعاما الى آخر ما روينا بخلاف القياس

فيراعى جميع ما ورد به واما اذا وجد هذه الشروط كلها فانها تفسد صلوة الرجل خلافا للشافعي وهو القياس

اعتبارا بصلوتها فانها لا تفسد ووجهه ظاهر لان المحاذاة لما لم توجب فساد صلوة المراة لم توجب فساد

صلوة الرجل لان المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين ووجه الاستحسان وهو الذي ذهب اليه علماؤنا

انه قد ترك فرض المقام وهو ترك فرض الامام فسدت صلوته اما انه ترك فرض المقام فلان تاخير المراة

فرض على الرجل في صلوة يشتركان فيها لما روى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال اخروهن من حيث اخرهن الله امر الرجل بالتاخير ولا امكان يجب تاخيرهن في غير الصلوة فتعين التاخير

فيها فان قيل هذا خبر واحد ولا يثبت به الفرضية اجيب بانه من المشاهير واليه اشار المص بقوله وانه من

المشاهير ولان تاخيرها في الصلوة المشتركة فرض بدلالة الاجماع لانا اجمعنا على عدم جواز اقتداء الرجل

بالمراة مع اتحاد فرضهما وهو اما ان يكون لنقصان حالها في ذلك كالصبي او لعدم صلاحيتها كالامي او لفوت

شرط من شروط الصلوة كالعاري او لفوات ترتيب المقام كما في امامة المتأخر بالاستقراء لعدم مجاوزة انتفاء جواز
الاقتداء منها شرعا وليس للنقصان لانه غير مانع لصحة الاقتداء مطلقا لجواز امامة العبد والفاسق والاعمى مع
نقصان لحوالهم بل انما يمنع اذا لزم من ذلك محظور كامامة الصبي فانها يستلزم بناء القوي على الضعيف ولا لعدم
الصلاحية لجواز امامتها للنساء متقدمة ومتوسطة ولا لانتفاء شرط من الشروط لان الفرض عدمه فلم يكن ذلك الا
باعتبار ترك فرض المقام الثابت بقوله عليه السلام اخروهن من الحديث فلما اجمعنا ههنا لانعدام التأخير يجب
الفساد في التنازع فيه ايضا لانعدام التأخير واما من ترك فرض المقام فسدت صلوته فكالمقتدي اذا تقدم
على امامه قوله وهو المخاطب به جواب عن وجه القياس وتقريره لا يلزم من عدم فساد صلوتها عدم فساد
صلوته لانه هو المخاطب به اي بقوله اخروهن دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فيفسد صلوته دون صلوتها
كالمأموم اذا تقدم على الامام واعترض بانه اذا كان مأمورا بالتأخير كانت مأمورة بالتأخر ضرورة واجيب
بالمنع فانه يمكن تأخيرها الرجل بان يتقدم عليها خطوة او خطوتين ولا تأخرها سلمنا ذلك لكنه ضمني فلا يعتبر
المقتدي وقوله وان لم ينو امامتها بيان لتأثير النية قوله لم تضر اي لم تضر المحاذاة للمصلي وقوله لانه
الاشتراك لا يثبت دونها اي دون النية عندنا خلافا لزفر فان عنده نية امامتها ليست بشرط لفساد
صلوة الرجل بعد ما دخلت في صلوته لان الرجل صالح لامامة الرجال والنساء ثم اقتداء الرجل به صحيح بلا
امامة فكذلك اقتداء المرأة قوله الا ترى توضيح لقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها وتقريره ان الامام يلزمه
الترتيب في المقام بالنص وكل من يلزمه شيء يتوقف على التزامه كالاقتداء فان لزوم فساد صلوة المقتدي لما
كان من جانب الامام محتملا لم يصح الاقتداء الا بالتزام والالتزام انما يكون بالنية فكما ان الاقتداء لا يصح
بدون نيته ليكون الضرر اللازم من جانب الامام مرضيا كذلك لا يصح امامة النساء بدون النية للنساء
ليكون الضرر اللازم من جانبهن عنده مرضيا وهذا واضح جدا وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل هذا موقوف
على ثبوت اشتراط الاشتراك وثبوته ممنوع لان النص لم يفصل بين ان يكون المحاذاة في صلوة مشتركة او غيرها
والثاني انه منقوض على قول ابي حنيفة باقتداء القاري بالامي فان صلوة الامي يفسد بسبب اقتداء القاري
به ومع ذلك لا يشترط للامي نية امامة القاري والجواب عن الاول انه تشكيك في المسلمات فان كل
من يقول بمسئلة المحاذاة يشترط الاشتراك وانما الخلاف بيننا وبين زفر انه يقول الاشتراك يثبت بدخولها
في صلوته نوى امامتها او لم ينو ونحن نقول لا يثبت الاشتراك دونها كما ذكرنا فيعود التشكيك في المسلمات
مسموع على ان النص يدل على ترتيب المقام والمقام ونتيجته انما يتصور في صلوة اديت بجماعة لان الامام
تقدما على المأموم بالرتبة والصلوة بالجماعة يستلزم الاشتراك وعن الثاني بانه على قول الكرخي ممنوع فانه
لا يصح عنده بدون النية ولئن سلمنا فنقول كلامنا في فساد يحصل بسبب الاقتداء كالذي فيه اقتداء المحاذية فان صلوة
الامام انما يفسد بسببه وصورة النقض ليست كذلك لان القاري لو صلى وحده والامي وحده وامكن الامي الاقتداء
به فسدت ايضا صلوته فلم يكن الفساد بسبب اقتدائه حتى يدفع عن نفسه بترك النية قوله وانما يشترط
نية الامام اذا ائتمت محاذية اي اقتدت بالامامة محاذية يشترط نية الامام لفساد الصلوة واما اذا وقفت
خلفه فاما ان يكون بجنبها رجل او لا فان كان فالصحابيان اقتداءها لا يصح الا بالنية من جهة الامام لانه
يلزم الفساد على من بجنبها وذلك يستدعي النية من جنبه على الاصل المار الا انه مولى عليه من جهة امام فيتوقف

المجرم على التزام امامه وان لم يكن بجنبها رجل فعنه روايتان فى رواية لا يصح اقتداؤها لاحتمال الفساد من جهة
بالمشى والمحاذاة فيحتاج الى الالتزام وفى رواية يصح وعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق وهو ان الفساد فى الاولى
وهو ما اذا كانت محاذية لازم اى واقع وفى الثانى وهو ما اذا كانت خلفه وليس بجنبها رجل محتمل لاحتمال ان تمشى
فتحاذى ولكن الظاهر عدم ذلك فلم يشترط نية الامام هذا فى صلوة يشتركان واما فى صلوة لا يشتركان فيها
فالتقدم عليه ومحاذاتها اياه تورث الكراهة قوله ويكره لهن حضور الجماعات كانت النساء يباح لهن
الخروج الى الصلوات ثم لما صار سببا للوقوع فى الفتنة منعن عن ذلك جاء فى التفسير ان قوله تعالى ولقد
علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستاخرين نزلت فى شان النسوة حيث كان المنافقون يتاخرون للاطلاع
على عوراتهن ولقد نهى عمر رضى الله عنه النساء عن الخروج الى المساجد فشكون الى عايشة رضى الله عنها فقالت لو
علم النبى عليه السلام ما علم عمر ما اذن لكن فى الخروج فاحتج به علماؤنا رحمهم الله ومنعوا الشواب عن الخروج مطلقا
واما العجايز ومن جميع عجوز والعامة تقول عجوزة فنهاهن ابو حنيفة رح عن الخروج فى الظهر والعصر دون الفجر
والمغرب والعشاء واجازاه فى الصلوات كلها لانتفاء الفتنة لقلة الرغبة فى العجايز كما اجيز لهن ذلك فى العيد
بالاتفاق اما الصلوة كما روى الحسن عن ابى حنيفة انهن يخرجن للصلوة يقمن فى آخر الصفوف فيصلين مع
الرجال لانهن من اهل الجماعة تبعا للرجال او لتكثير السواد كما روى المعلى عن ابى يوسف عن ابى حنيفة رح ان
خروجهن لتكثير السواد يقمن فى ناحية ولا يصلين لانه صح انه عليه السلام لم يرخص بذلك وليس من اهل العيد
وله ان وط الشبق حامل على الوقاع فيقع الفتنة والفرط بسكون الراء مجاوزة الحد والشبق بفتحتين شدة
شهوة الضراب وغيرات الفساق انتشارهم فى الظهر والعصر والجمعة اما فى الفجر والعشاء فانهم نائمون وفى
المغرب بالطعام مشغولون وجعل المصنف الجمعة من قبيل صلوة الظهر وهو المذكور فى المبسوط والمحيط حتى
لا يباح لهن الخروج اليها وشيخ الاسلام جعلها من قبيل صلوة العيدين حتى يباح لهن الخروج والمغرب
جعله المص من قبيل العشاء وهو المذكور ايضا فيهما وجعله شيخ الاسلام من قبيل الظهر وقوله والجبانة
منسحة جواب عن قياسهما على صلوة العيد والفتوى اليوم على كراهة حضورهن فى الصلوات كلها لظهور الفساد
قال ولا يصلى الطاهر الاصل فى جنس هذه المسائل قوله عليه السلام الامام ضامن يعنى تضمن صلوته
صلوة المقتدى لانا نعلم بيقين ان معناه ليس الضمان فى الذمة فان صلوة المقتدى ليست فى ذمة الامام فيكون
معناه صلوة الامام تتضمن صلوة المقتدى وصلوة المقتدى اذا كان ادنى حالا من الامام فوق صلوته والشىء
انما يتضمن ما هو دونه او مثله لا ما هو فوقه وعلى هذا يجوز اقتداء الطاهر بمن هو فى معنى المستحاضة وهو من به
سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف الدايم والجرح الذى لا يرقا ولا الطاهرات خلف المستحاضة
لنقصان حال هولاء عن حال المقتدى ولا المكتسى بالعارى ولا الامى بالاخرس لفوق حالها اذ المراد بفوق
الاشتمال على ما لم يشتمل عليه صلوة الامام مما يتوقف الصلوة عليه والامى يقدر على الافتتاح دون الاخرس واختلفوا
فى جواز اقتداء المتوضى بالمتيمم فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله ومنعه محمد وقال لانه طهارة ضرورية
والطهارة بالماء اصلية ولا شك ان حال من اشتمل على الطهارة الاصلية اقوى من حال من اشتمل على الطهارة الضرورية
ولهما انه طهارة مطلقة اى غير موقتة بوقت كطهارة المستحاضة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة فكان التيمم كالماء
واعلم ان التيمم طهارة ضرورية باتفاق علمائنا لانه فى الحقيقة تلويث ولا يصار اليه الا عند العجز عن استعمال

الماء ومطلقة باتفاقهم لانه ليس موقتا بوقت ويثبت به ما يثبت بالطهارة بالماء من استباحة الصلوة وسجدة
التلاوة ومس المصحف وانما الشان فى التعليل بكل منهما فيما يصلح ان يكون علة فيه فاختار ابو حنيفة وابو
يوسف رحمهما الله جهة الاطلاق فى حق الصلوة لان الشارع اعطاه حكم الطهارة المطلقة وفتح بنفى الحرج
بقوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم من غير فصل وتوقيت وفى نفى جواز الاقتداء
مخالفة لاطلاقه وعود الى نوع من الحرج واختار جهة الضرورة فى حق انقطاع الرجعة اذا انقطع دم الحيضة
الحيضة الثالثة فيما دون العشرة وقالا لم ينقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير ان يصلى لان الشرع لم يذكره
طهارة فى باب الرجعة فكان المقصود من طهارته اداء الصلوة فما لم يترتب عليه ما هو المقصود منه لم يكن طهارة
بالنسبة الى غيره واما محمد رح فقد عمل فى كل واحد من البابين بالاحتياط والاحتياط فى باب الصلوة القول
بعدم جواز اقتداء المتوضى بالمتيمم لانه لما لم يجز له ذلك لا بد له ان يقتدى بالمتوضى او يصلى منفردا حتى يكون
صلوته بالوضوء فيخرج عن عهدة الصلوة على الوجه الاكمل وفى باب الرجعة القول بالانقطاع لانه لما انقطعت
الرجعة لم يكن له ان يراجعها ولا يحل له وطيها وانقطاع الرجعة مما يوخذ فيه بالاحتياط اجماعا الا ترى انها
لو اغتسلت وبقى على بدنها لمعة انقطعت الرجعة عنها احتياطا وانما تصور التيمم على هذا الوجه اندفع ما يرد
اى ان كل واحد من العلماء ترك اصله وناقض كلامه ويؤم الماسح الغاسلين لانه غسل قدمه فلبس الخف و
منع سراية الحدث الى القدم فهو باق على كونه غاسلا فان قيل لا نم انه باق على كونه غاسلا لان الخف قام مقام
بشرة القدم والحدث قد حل فيه اجاب بقوله وما حل بالخف يزيله المسح فان المسح على الخف كغسل الرجل
وقوله ويصلى القايم خلف القاعد ظاهر قوله انه عليه السلام صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام وهو
ما روى انه عليه السلام لما ضعف فى مرضه الذى قبض فيه قال مروا ابا بكر يصلى بالناس فقالت عايشة لحفصة رضى الله عنهم
قولى له ان ابا بكر رجل اسيف اذا وقف فى مكانك لا يملك نفسه فلو امرت غيره فقالت ذلك فقال عليه السلام
انتن صواحب يوسف مروا ابا بكر يصلى بالناس فلما افتتح ابو بكر رضه الصلوة وجد رسول الله صلعم فى نفسه
خفة فخرج يهادى بين على والعباس ورجلاه تخطان الارض خطا حتى دخل المسجد فسمع ابو بكر رضه حسن مجى
النبى صلعم فتاخر وتقدم النبى وجلس يصلى وابو بكر يصلى بصلوته ابى بكر يعنى ان ابا بكر كان يسمع تكبير رسول الله
عليه السلام فكبر والناس يكبرون بتكبير ابى بكر وهذا آخر صلوته صلعم فكان ناسخا لما قبله فان قيل هذا
الحديث مضطرب فان بعض الروايات يدل على ان الامام كان ابا بكر وبعضها على انه كان النبى صلعم فكيف
يصح الاستدلال به اجيب بان الامام الخطابى فى شرح الصحيح رجح هذه الرواية التى اخذها ابو حنيفة وابو
يوسف وهى رواية عبيد الله بن عبد الله بن عتبة لفقهه واتقانه وموافقة ابن عباس فانه قال دخلت على ابن
عباس رضه فقلت الا اعرض عليك ما حدثتنى عايشة رضى الله عنها عن مرض رسول الله صلعم فقال هات فعرضت عليه
حديثها فما انكر منه شيا قوله ويصلى المومى خلف مثله ظاهر قوله لان القعود معتبر فيثبت به القوة دليله ان
صلوة التطوع مستلقيا بالايماء مع القدرة على القعود لا يجوز قال ولا يصلى الذى يركع ويسجد
خلف المومى قال زفر رح يصلى امامة المومى بمن يركع ويسجد لان الركوع والسجود سقطا الى بدل والمتادى
بالبدل كالمتادى بالاصل ولهذا قلنا ان المتيمم يؤم المتوضين ولنا ان حال المقتدى اقوى بناء على ذكرنا
من الاصل فيمتنع الاقتداء ولا نم ان الايماء بدل عن الركوع لانه بعضه وبعض الشىء لا يكون بدلا عنه فلا كان

بعض الاصل لو جاز الاقتداء لكان مقتديا في بعض الصلوة دون البعض وذلك لا يجوز **قوله** ولا يصلي
المفترض خلف المتنفل هذه ثلثة اقسام اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه واقتداء المفترض بالمفترض بمختلفين
فاما الاول فلا يجوز لان الاقتداء بناء امر وجودي لانه عبارة عن متابعة شخص لآخر في افعاله بصفاتها وهو امر
وجودي لا سلب فيه وبناء الامر الوجودي على المعدوم غير متحقق ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فيما نحن فيه
واما الثالث فكذلك لان الاقتداء شركة يعني في التحريمة وموافقة يعني في الافعال ولا شركة ولا موافقة الا
عند اتحادهما تحرما وفعلا وقد يجوز ان يكون معناه شركة في التحريمة على قول ابي حنيفة وموافقة فيها على قولهما وفيه
نظر لان الشركة تقتضي المعية في الاشتراك والبناء يقتضي التعاقب فيكون بين الدليل الاول والثاني تناف
والجواب ان الاشتراك انما هو بالنسبة الى التحريمة والبناء بالنسبة الى الافعال فلا منافاة بينهما والثاني يجوز
الاقتداء في الصورتين جميعا قال المص لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة يعني ان كل واحد يصلي صلوة
الا انه يوافق في الاركان والانتقال من حيث الوقت وفيه نظر لانه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء وقد استدل
بها ايضا الشافعي على جوازه وذلك تظاهر الفساد والجواب ان المراد بالموافقة في دليلنا موافقة بتبعية في
دليله موافقة في تطبيق افعاله الصادرة منه على الزمان الذي هو فيه افعال الامام ليس الا وهذا غير ذلك لا محالة
قوله وعندنا معنى التضمن مراعى اشارة الى قوله عليه السلام الامام ضامن على ما تقدم من معناه وكون الشئ
لا يتضمن ما فوقه فان قيل قد صح ان معاذا رضي الله عنه كان يصلي العشاء مع النبي عم نفلا ويصلي مع قومه
الفرض ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض وهو القسم الثاني لان الحاجة في حقه اي في حق المتنفل الى اصل الصلوة
وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء وهذا بناء على ان مطلق النية كان في صحة النفل والفرض يشمل النفل
فيصح الاقتداء بخلاف العكس والحاصل ان الشركة لا بد منها في صحة الاقتداء ولما لم يجز بناء احدهما على
الآخر للمنفرد في المختلفين والمنفرد لا يصح له ان يبني فرضا على فرض آخر فلا يقتدي بغيره كذلك
وكذا لا يصح له ان يبني الفرض على النفل واما بناء النفل على تحريمة الفرض فقد يجوز وان كان مكروها فيصح
الاقتداء بغيره ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد وانما قيد بالعلم بعد الاقتداء لانه لو علم
بذلك قبله لم يجز الاقتداء به اجماعا وقال الشافعي رح لا يجب عليه الاعادة بناء على ما تقدم ان الاقتداء عنده
اداء على سبيل الموافقة من غير معنى التضمن ولنا ما روي ان رسول الله عليه السلام صلى باصحابه ثم تذكر جنابة فاعاد
وقال الشافعي رح قوما تم ظهر بانه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وعورض بما روى انس بن مالك رضي الله عنه
ان رسول الله عم دخل في صلوته فكبر فكبرنا معه ثم اشار الى القوم ان امكثوا كما انتم فلم نزل قياما حتى اتى
رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اغتسل وراسه يقطر ماء فصلى بهم ولو لم يكن صلوته منعقدة لم يتركهم
قياما فدل على ان عدم طهارة الامام لا يمنع انعقاد صلوة المقتدي اذا لم يعلم بحال الامام واجيب
بان الامر بالمكث لا يدل على الانعقاد لجواز ان يكون ذلك منعا لهم عن التفرق الا يرى ان محمد بن سيرين ذكر
هذه القصة وذكر ان النبي عليه السلام اومى اليهم ان اقعدوا ولو انعقدت صلوتهم لم يامرهم بذلك على انه يجوز
ان يكون ذلك قبل تعلق صلوة القوم بصلوة الامام على ان ذلك حكاية فعل لا يعارض القول **قوله** ونحن نعتبر
معنى التضمن معناه ان النبي عليه السلام قال الامام ضامن ولا يخلو اما ان يكون المراد به انه ضامن لصلوته نفسه
فلا فائدة في ذلك لان كل واحد منا كذلك او ضامن لصلوة القوم وهو الصحيح ثم انه اما ان يكون ضامنا لصلوة

وجوبا

وجوبا او اداء او صحة وفسادا والاول غير مراد بالاجماع فتعين الآخران على معنى انه يتحمل السهو والقراءة عن المقتدي
ويفسد صلوة المقتدي بفساد صلوة الامام **قوله** واذا صلى امي الامي منسوب الى الام اي هو كما ولدته امه والمراد
به بحيث ما ورد في الكتاب والحديث ولسان العرب من لا يحسن الخط ولا يقرأ شيئا ومن يحسن قراءة آية في التنزيل خرج عن
كونه اميا عند ابي حنيفة رح وثلث آيات او آية طويلة عندهما فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به لان فرض القراءة
يتم بما ذكرنا من المقدار وما ذكره في الكتاب ظاهر **قوله** وهذا اشارة الى تركه فرض القراءة **قوله** يكون فرضا تركه
يعني لما روينا من قوله من كان له امام فقراءة الامام قراءة له **وقوله** بخلاف تلك المسئلة يريد ما استشهدا به من العاري
اذا ام عراة ولابسين وامثالها يريد به الاخرس اذا ام قوما قادرين وخرساء وصاحب الجرح والمومي اذا ام ابناء جنسه
بمثل حالهما ومن هو اعلى حالا منهما والمذكور في الكتاب احد طريقي ابي حنيفة رح والطريق الآخر ما ذكره الكرخي
ان افتتاح الكل قد صح لانه اوان التكبير والامي قادر عليه كالقاري فبصحة الاقتداء صار الامي متحملا فرض
القراءة عن القاري ثم جاء اوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل فيفسد صلوته وبفساد صلوته تفسد
صلوة القوم بخلاف سائر الاعذار فانها قائمة عند الافتتاح ولا يصح اقتداء من لا عذر له بصاحب العذر وقوله
ولو كان يصلي الامي شابة للجواب عما يقال لو كان النظر الى القدرة على جعل الصلوة بقراءة بالاقتداء بالقاري
معتبرا لما جاز صلوة الامي وحده والقاري وحده لاقتداره على ان يجعل صلوته بقراءة بالاقتداء بالقاري
ووجهه انه لم يعتبر ذلك لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة والشرع انما جعل قراءة الامام قراءة المقتدي اذا اقتدى
بخلاف ما نحن فيه فان كلامنا في الاقتداء **وقوله** وهذا هو الصحيح احتراز عما ذكره ابو خازم ان قياس قول ابي حنيفة ان
لا يجوز صلوته وهو قول مالك **قوله** وقدم في الاخريين اميا اي احدث فاستخلف اميا فسدت صلوتهم وقال
زفر وهو رواية عن ابي يوسف في غير رواية الاصول لا يفسد صلوته لان فرض القراءة قد تادى فكان استخلاف
القاري والامي سواء ولنا ان كل ركعة صلوة فلا يخلو عن القراءة بالادلة الدالة على وجوبها اما تحقيقا كما في
الركعتين الاوليين واما تقديرا كما في الاخريين فان القراءة في الاوليين قراءة في الاخريين بالحديث وليس شئ
منهما بموجود في حق الامي اما تحقيقا فظاهر واما تقديرا فلعدم الاهلية والشئ انما يقدر اذا امكن تحقيقه
وقوله وعلى هذا لو قدمه اي الامي في التشهد يعني قبل ان يقعد مقدار التشهد يفسد صلوته عند زفر رح
عندنا واما اذا قدمه بعد ما قعد قدر التشهد فسدت صلوته عند ابي حنيفة خلافا لهما وهي من المسائل الاثني عشرية
وقيل لا تفسد عند الكل اما عندهما فظاهر واما عنده فلوجود الخروج من الصلوة بصنعه وهو الاستخلاف كما
لو قهقه او تكلم لان هذا من فعله وهو مناف فانقطعت صلوته وانما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع
الشمس قبل وهذا هو الصحيح

باب الحدث في الصلوة

لما ذكر احكام السلامة عن العوارض في الصلوة افرادا وجماعة لانها هي الاصل ذكر في هذا الباب ما يعرض فيها
من العوارض ويمنعه من المضي والاصل اولى بالتقديم ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف على العود لانه لو مكث
ساعة صار جزءا من الصلوة مؤديا مع الحدث واداؤها معه لا يجوز فيفسد ما ادى فيفسد الباقي ضرورة ان
الصلوة الواحدة لا تتجزى صحة وفسادا فان كان اماما استخلف ياخذ بثوبه ويجره الى المحراب وتوضأ وبنى
والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافي الصلوة لانها تستلزم الطهارة والحدث ينافي
الطهارة ومنافي اللازم منافي الملزوم والشئ لا يبقى مع المنافي ولان المشي والانحراف عن القبلة يفسد

الصلوة وكل ما يفسدها لا يبنى معه كالحدث العمد فان الصلوة لا يبقى مع المشى والانحراف قوله فاشبه الحدث العمد تجدم فى الدليلين ولنا قوله من قاء او رعف او امذى فى صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم قوله عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف او امذى فى صلوته فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشئ ووجه الاستدلال انه قال وليبن على صلوته وادنى مرتبة الامر الاباحة فيكون البناء مباحا وهو المطلوب فان قيل الامر فى قوله فليتوضأ للوجوب فيكون فى ليبن كذلك ولم تقولوا به والجواب ان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم وقد اجمع الخلفاء الراشدون وفقهاء الصحابة كعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وانس بن مالك وسلمان الفارسى على ما قلنا وبمثله من الاجماع يترك القياس اذا لم يكن هناك نص فكيف اذا كان وانما ذكر الحديث الثانى لان فيه بيان الاستخلاف وقال من لم يسبق بيانا للافضل لانه اقدر على اتمام الصلوة من المسبوق فتقليده يكون خيانة قوله والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به قيل هو جواب عن قياس الشافعى فى الحدث السابق على الحدث العمد فلا يجوز الحاق السابق به كذا فى الشروح وفيه نظر لانه قال والقياس ان يستقبل وذلك اعتراف بصحة القياس الا انه ترك بالنص فالاشتغال ببيان فساده تناقض والظاهر ان مراده ترك الحاق العمد بالسابق فان لقائل ان يقول السابق والعمد فى كونهما منافيين للصلوة سواء فاذا بنى فى السابق بما ذكرتم من الدليل فليبن فى العمد الحاقا به فقال فى السابق بلوى دون العمد والشئ انما يلحق بغيره اذا كان فى معناه والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الاختلاف وهو ظاهر واعلم ان البناء المذكور انما يصح فى الاحداث الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا الغسل من غير قصد منه للحدث او لسببه ولا من غيره اذا لم يات بعده بما ينافى الصلوة من توقف فى موضع الصلوة وكلام وحدث او كشف عورة ضرورة فلا يبنى اذا انصرف لغسل نجاسة فى ثوبه او للوضوء من الاغماء ونحوه او للغسل للاحتلام او تعمد الحدث او عصر جراحة فسال منها نجس او رماه انسان بحجر او سقط من السقف فادماه او مكث ساعة فى موضع الصلوة بعد سبق الحدث كما مر او تكلم او بال او تغوط او كشف العورة عند الاستنجاء او الوضوء من غير ضرورة وقيل ان المنفرد يستقبل اى الافضل له ذلك والامام والمقتدى يبنى لذلك والمنفرد ان شاء اتم فى منزله الذى توضأ فيه بعد الانصراف وهو اختيار بعض مشايخنا لما فيه من تقليل المشى وان شاء عاد الى مكانه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام خواهر زاده ليكون جميع صلوته مؤدى فى مكان واحد واعترض بان العود الى مكانه مشيا فى الصلوة من غير حاجة اذا الاداء فى المنزل صحيح وذلك مفسد للصلوة واجيب بان الشئ غير موجود حكما لان حرمة الصلوة يجعل الاماكن المختلفة كمكان واحد ولهذا صح التنفل على الدابة قوله والمقتدى يعود الى مكانه يعنى حتما حتى لو اتم بقية صلوته فى موضع وضوئه لم يجز لان بينه وبين امامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق او نهر او حائط هذا اذا فرغ الامام او لم يكن بينهما حائل جاز ان يبنى فى منزله فان ادرك امامه فى الصلوة فهو مخير بين ان يقضى ما سبقه الامام فى حال اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ثم يقضى آخر صلوته وبين ان يتابع الامام ثم يقضى ما سبقه الامام بعد تسليمه لان ترتيب افعال الصلوة ليس بشرط خلافا لزفر كذا فى شرح الطحاوى قال ومن ظن انه احدث المصلى فانصرف عن مكان صلوته على ظن انتقاض شرط جواز صلوته ثم علم وجوده فاما ان يكون انصرافه على قصد اصلاح الصلوة او على قصد رفضها فان كان الاول فاما ان خرج من المسجد او لا فان خرج

استقبل الصلوة وان لم يخرج اتمها والقياس فيهما الاستقبال لوجود الانصراف من غير عذر كما اذا كان قصد الاعراض على ما يأتى وهو اى الاستقبال فيهما رواية عن محمد قال فى النهاية وفيه خلاف محمد فيما اذا كان باب المسجد على غير حائط القبلة ليتحقق الانصراف وانما اذا كان يمشى فى المسجد ووجهه الى القبلة بان كان باب المسجد على حائط القبلة لا تفسد صلوته بالاتفاق وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته وقصد الاصلاح ملحق بحقيقة الاصلاح شرعا كما اذا ترس الكفار بأسارى المسلمين فانه يباح الرمى بشرط ان يكون قصده الرمى الى الكفار فيجعل كانهم رموا الى الكفار ثم لو تحقق ما توهمه من الحدث ما فسدت صلوته بالانصراف لاصلاحها فكذا اذا انصرف على قصده واعترض بان قصد الاصلاح انما الحق بحقيقته لما شرط عدم الخروج عن المسجد فان حقيقته لم يشترط بذلك واجيب بان الحكم يثبت بقدر دليله وفى الحقيقة وجد القصد وقيام العذر وليس فى قصده قيام العذر فانحط عن درجتها وان كان قد استخلف فتبين انه لم يحدث فسدت صلوته وان لم يخرج من المسجد لوجود العمل الكثير من غير عذر بخلاف اذا تحقق ما توهمه فان العمل غير مفسد ثمة لقيام العذر فكان الاستخلاف كالخروج من المسجد يحتاج لصحته الى قصد الاصلاح وقيام العذر فان كان الثانى فسدت حيث انصرف خرج من المسجد او لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض ملحق بحقيقته الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبلها فهذا اى هذا الذى ذكرنا ان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح لم يفسد صلوته ما لم يخرج او يستخلف واذا كان على قصد الاعراض والرفض فسدت هو الحرف اى الاصل فى جنس هذه المسائل فمن انصرف على قصد الرفض وقوله ومكان الصفوف لبيان انه اذا لم يكن فى المسجد فمكان الصفوف له حكم المسجد وهو مانع وان جن او نام فاحتلم او اغمى عليه استقبل الصلوة لانه يندر وجود هذه العوارض فى الصلوة فلم يكن فى معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه السلام من قاء او رعف فى صلوته الحديث وكذلك اذا قهقه لانه اى فعل القهقهة بمنزلة الكلام فى كلا منهما ينقل المعنى من ضميره الى فهم السامع وهو اى الكلام قاطع لانه عليه السلام قال ما لم يتكلم وهذا اذا وجدت هذه العوارض قبل ان يقعد قدر التشهد فاما اذا وجدت بعده فلا استقبال لانه لم يبق عليه شئ من الاركان فان قيل سلمناه ولكن لا بد للخروج من فعل المصلى على قول ابى حنيفة ولم يوجد اجيب بانه لا يخلو الموصوف بها عن اضطراب او مكث وكيفما كان فالصنع منه موجود اما فى الاضطراب فظاهر واما فى المكث فلانه يصير مؤديا جزءا من الصلوة مع الحدث والاداء صنع منه وقد تقدم ما هو من شروط البناء وقيل هذا بالكسر ما ذكره فليكن على ذكر منك قيل وانما قال او نام فاحتلم لان النوم بانفراده ليس بمفسد وكذا الاحتلام المنفرد عن النوم وهو البلوغ بالسنة فجمع بينهما بيانا للمراد قال وان حصر الامام عن القراءة كل من امتنع عن شئ لم يقدر عليه فقد حصر عنه فان عجز الامام عن القراءة بنسيانه جميع ما كان يحفظ فاستخلف غيره جاز عند ابى حنيفة وقالا لا يجزيهم قال فى النهاية بل يتمها بدون القراءة كالامى اذا ام قوما اميين ونسبه بعض الشارحين الى السهو لان عندهما انه يستقبل وبه صرح الامام فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وقوله لانه اى الحصر عن القراءة نادر الوجود كالجنابة فى الصلوة فلم يكن فى معنى ما ورد به النص من الحدث الذى يتم به البلوى ولابى حنيفة ان الاستخلاف فى باب الحدث جاز للعجز عن المضى والعجز ههنا الزم لان المحدث قد يجد فى المسجد ماء فيمكنه اتمام صلوته من غير استخلاف اما الذى نسى جميع ما يحفظ لا يقدر على الاتمام الا بالتذكر او التعليم كذا ذكر قاضى خان وذكر ابو اليسر انما يجوز الاستخلاف اذا كان يحفظ القرآن الا انه لحقه خجل وخوف فامتنعت عليه القراءة فاما اذا نسى فصار امّيا

لم يجز الاستخلاف **قوله** والعجز عن القراءة غير نادر جواب عن قولهما انه يندر وجوده فلعله ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة ظاهر وكذا قوله وان سبقه الحدث **قوله** في هذه الحالة يعني بعد التشهد **وقوله** وقد مر من قبل يعني في باب التيمم حيث قال وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله **قوله** فان رآه بعد ما قعد يعني المسائل تسمى باثني عشرية وهي مشهورة **وقوله** بعمل يسير بان كان الخف واسع الساق لا يحتاج في نزعه الى المعالجة وانما قيد به لانه اذا كان ضيقا فعالج بالنزع تمت صلوته بالاتفاق **وقوله** فتعلم سورة قيل تذكر بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعليم وذلك فعل منافي الصلوة فيتم صلوته بالاتفاق وقيل حفظها بلا اختيار وحفظها بلا صنع **قوله** او تذكر فائتة قبل هذه يعني اذا كان في الوقت سعة **قوله** او احدث عمدا انما قيل هو اختيار المص واما على اختيار فخر الاسلام فلا فساد في الاستخلاف بعد التشهد بلا خلاف **قوله** او دخل وقت العصر في الجمعة قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده اذا صار ظل كل شيء مثليه وعندهما اذا صار مثله واجيب بان هذا على قول الحسن بن زياد ان بين الظهر والعصر وقتا مهملا فاذا صار ظل الشيء مثله تحقق الخروج عندهم وتمت الصلوة عندهما وعنده باطلة وبهذا يحمل معنى قول المص او دخل وقت العصر في الجمعة وقيل يمكن ان يقعد في الصلوة بعد ما قعد قدر التشهد الى ان يصير الظل مثليه فيتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى ولكن يمكن توجيهه على المروي عن ابي حنيفة ان الخروج والتحول يكون بظل الشيء مثله كما هو مذهبهما فانه يتحقق الخلاف واعلم ان نسبة المهمل في الوقتين الى الحسن بن زياد انما هي على ما نقل في مبسوط شمس الائمة واما في مبسوط شيخ الاسلام وغيره فهي منسوبة الى رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة والمنسوب الى الحسن رواية الموافقة في المذهبين على ما تقدم **قوله** كالمستحاضة ومن بمعناها يعني اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا فلو انقطع الدم بعد التشهد ثم سال في وقت صلوة اخرى فالصلوة الاولى جائزة عند ابي حنيفة وان لم يسل فهي باطلة لتحقق الانقطاع بعد التشهد وهو كالانقطاع في وسط الصلوة وعندهما جائزة لانه كالانقطاع بعد تمام الصلوة **قوله** وقيل الاصل فيه قول ابي سعيد البردعي وعليه العامة وفيه اشارة الى ان المختار عند المص غيره وهو قول الكرخي فان فسادها بالامور المذكورة عند ابي حنيفة ليس كذلك عند الكرخي لان الفعل قد يوجد معصية بان قهقه او كذب ولا يجوز ان يكون المعصية فرضا بل الخروج بفعل المصلي ليس بفرض وانما صنع ان هذه الاشياء مغيرة للصلوة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده قبله الا انه في حرمة الصلوة كما اذا نوى المسافر في هذه الحالة الاقامة اتم والمعنى بالمغير ما يجب الصلوة بعد وجوده على غير الصفة التي وجبت هي عليها قبله فان الصلوة تجب بعد رؤية الماء وانقضاء مدة المسح ووجدان الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس والقراءة بعد ان كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم القراءة وقيل المعنى كون الصلوة جائزة الاجتماع به وبضده فانها تصح بالتيمم والمسح والايماء واضدادها **قوله** لهما ما روينا حديث ابن مسعود يريد به قوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت هذا الحديث علق عليه السلام التمام باحدهما فمن لهما ما روينا فخرجه علق بثالث فقد خالف النص وله ان اداء صلوة اخرى في وقتها واجب لا محالة وهو لا يمكن الا بالخروج من هذه فكان الخروج منها وسيلة الى الفرض باقتضاء قوله تعالى اقيموا الصلوة وما لا يتوصل الى اداء الفرض الا به كان فرضا وهذه النكتة منقولة عن شيخ الاسلام ابي منصور الماتريدي لو وافترض

بوجهين احدهما ان المرأة لو حاذت رجلا في هذه الحالة تمت صلوته بالاتفاق ولا صنع منه والثاني انه على ما قرره ثم يكون فرضا العزم كما تسعى الى الجمعة فيجب ان يتم صلوته في الصور المذكورة لحصول المقصود من الصنيع وهو الخروج من الاولى كما لو دخل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت واجيب عن الاول بان المحاذاة مفاعلة لا يتحقق الا من فاعلين فكان منه صنع ادناه اللبث في مكانه وعن الثاني بان الخروج عن الاولى يجب ان يكون على وجه تبقى صحيحة لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ولان الترتيب فرض ولم يبق هنا الخروج صحيحة لا يقال تمام بقي صحيحة لان الخروج لم يكن بصنع المصلي فكان بقاؤها صحيحة موقوفا على ان الخروج بصنع المصلي فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دار لانا نقول الخروج بصنع المصلي موقوف على ما اعتبره الشرع دافعا للتحريمة على ما سيأتي ويلزم منه بقاؤها صحيحة ولا يعتبر بالصحيات **قوله** ومعنى قوله عليه السلام جواب عن استدلالهما بحديث ابن مسعود فهي مثل قوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه اي قارب التمام سماه تماما بما يؤول اليه **وقوله** والاستخلاف غير مفسد جواب عما يقال الاستخلاف الذي صنع المصلي فكان الواجب ان لا يفسد به عنده ايضا وتقريره على وجهين احدهما ما ذهب اليه الشارحون قالوا سلمنا انه صنع منه لكنه ليس بمفسد بل لو استخلف قاريا في خلال الصلوة لم يمتنع والمعتبر من الصنيع ما كان مفسدا ليكون عملا منافيا للصلوة دافعا للتحريمة وردّ بانا لا نسلم ان الاستخلاف ليس بمفسد فان المص قال فيمن ظن انه احدث فاستخلف انه تفسد صلوته لانه عمل كثير والحق ما قال فخر الاسلام ان صلوته تامة في هذه الحالة لكونه عملا منافيا للصلوة والثاني ان معناه ان الفساد في هذه الصورة عنده ليس للاستخلاف لانه ليس بمفسد انما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية الامي للامامة والرد مردود لانه قال فيما ذكر عمل كثير غير مفسد وهنا فرض المسئلة فيما اذا كان بعذر ولا يلزم من كونه مفسدا اذا لم يكن عذر كونه مفسدا عند العذر وكذلك ما اشرنا اليه في مطلع البحث من قول بعض الشارحين ان قول المص وقيل الاصل فيه اشارة الى ان مختاره غير مردود ولان ترك ذكر المختار وذكر غيره والاحتجاج عليه غير متوقع من مثله **قال** ومن اقتدى بامام اذا اقتدى الرجل بمن صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه فقد صح الاستخلاف لانه صح اقتداؤه بالامام ولقد وجدت والاولى ان يستخلف مدركا لانه اقدر على اتمامها لعدم احتياجه الى استخلاف غيره للتسليم واولى لا محالة **قوله** وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص ان صلوته ايضا تامة لانه مدرك اول صلوته فيكون كالفارغ بقعدة الامام قدر التشهد ووجه الاصح انه بقي عليه البناء وصار الامام في حقه في المنع من البناء كضحكه ولو ضحك هو في هذه الحالة فسدت صلوته وكذا اذا ضحك الامام **وقوله** فانه يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد وانما قيد بذلك لان القهقهة والحدث العمد اذا وجدا قبله فسدت صلوة الجميع بالاتفاق وقيد بفساد صلوة المسبوق لان صلوة المدرك لا يفسد بالاتفاق وفي صلوة اللاحق روايتان **قوله** وله ان القهقهة مفسدة لانها كالحدث في انها لا تخص الصلوة وهي الطهارة فيكون مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي لابتنائها عليها **وقوله** لانه منه المنهي ما اعتبره الشرع دافعا للتحريمة عند الفراغ من الصلوة كالتسليم والخروج بفعل المصلي فان الشرع اعتبرهما كذلك قال عليه السلام وتحليلها التسليم وقال الله تعالى اذا قضيت الصلوة فانتشروا في الارض **قوله** والكلام في معناه يعني من حيث ان كلام مع القوم بنية ويسمع لوجود كاف الخطاب **وقوله** وينقض وضوء الامام يعني عند العلماء الثلثة خلافا لزفر فان عنده ان كل قهقهة توجب اعادة الصلوة توجب الوضوء وما لا فلا لانه في معنى المنصوص عليه

كل وجه ولهم انها وجدت فی حرمة الصلوة لانه لو بنی فی هذه الحالة وجب علیه سجوده فیکون مفسدا للوضوء

قوله ولا یعتد وفی بعض النسخ یعید وهما متقاربان لان عدم الاعتداد یستلزم الاعادة لان تمام

الرکن بالانتقال والانتقال مع الحدث لا یتحقق لان المنتقل الیه جزء من الصلوة واداء جزء منها بعد سبق

الحدث مفسد فلا بد من الاعادة والقیاس ان ینتقض بالحدث جمیع ما ادی لکن ترکناه بالاثر الوارد فی

البناء فبقی انتقاض الرکن الذی سبقه الحدث فیه علی القیاس ولزم اعادة ما کان لحدث فیه بالقیاس قوله

دام المقدم علی رکوعه ای مکث راکعا قدر رکوعه لانه یمکنه الاتمام بالاستدامة لان الاستدامة فیما یستدام

کالانشاء فلا یحتاج الی انشاء الرکوع واصله قوله تعالی فلا تقعد بعد الذکری مع القوم الظالمین ومن

ذکر فی رکوعه او سجوده ان علیه سجدة فانحط من رکوعه او رفع راسه من سجوده فسجد التی ذکرها صلبیة کانت او

تلاوة اعاد الرکوع والسجود لیقع الافعال مرتبة بقدر الامکان وهذا بیان الاولی لان مراعاة الترتیب فی افعال

الصلوة لیست برکن الا تری ان المسبوق یبدأ بما ادرک مع الامام ولو کان الترتیب رکنا لما جاز ترکه بعذر

الجماعة کالترتیب بین الصلوات فلو ترک الاعادة جاز لان ذکر السجدة لا ینقض الرکوع فیصح الاعتداد به

بخلاف سبق الحدث فانه ینقضه کما تقدم وهو معنی قوله لان الانتقال مع الطهارة وعن ابی یوسف انه یلزمه

اعادة الرکوع لان القومة عنده فرض حیث انحط من الرکوع ولم یرفع راسه فقد ترک الفرض فعلیه الاعادة

وطولب بالفرق بین هذا وبین ما اذا عاد الی السجدة الصلبیة بعد ما قعد قدر التشهد فانه ینتقض القعدة

وکذا لو تذکر فی الرکوع انه لم یقرأ القرآن فعاد لقراءة القرآن ینتقض الرکوع واجیب بان القعدة انما

ترتفض بالاتیان بالسجدة لان النبی علیه السلام علق تمام الصلوة بالقعدة فی قوله اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد

تمت صلوتک فلو قلنا بجواز تاخیر غیرها عنها کان تمام الصلوة بذلک الغیر وهو خلاف النص وکذلک لا یجوز تاخیر

القیام او الرکوع عن السجود لان القیام وسیلة الی الرکوع والرکوع وسیلة الی السجود حتی ان لم یقدر علی الرکوع

والسجود لا یجب علیه القیام والوسائل متقدمة علی المقاصد والقراءة زینة القیام فکانت تابعة له ومن ام رجلا

واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالماموم امام نوی الامام ذلک اولم ینو لما فیه ای فی تعیینه اماما صیانة

صلوة المقتدی لانه لو لم یصر اماما لخلا مکان الامامة عن الامام وهو یوجب فساد صلوة المقتدی فان قیل

التعیین لا یتحقق بلا تعیین ولم یعین اجاب بقوله وتعیین الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم فکان التعیین

موجودا حکما واذا تعین لذلک کان کالمستخلف حقیقة فیتم صلوته مقتدیا به ولو لم یکن خلفه الا صبی او امرأة

اختلف المشایخ فیه فقیل تفسد صلوة الامام فقط لاستخلافه من لا یصلح للامامة حکما فانه لما تعین للامامة کان

الامام مقتدیا به ومن اقتدی بمن لا یصلح للامامة فسدت صلوته وقیل لا تفسد صلوته لان الاستخلاف انما

یکون حقیقة او حکما ولا شیء منهما بموجود اما حقیقة فظاهر لان الفرض عدمه واما حکما فلانه یقتضی صلاحیته

للامامة والفرض عدمها ومنهم من یقول تفسد صلوتهما لانه لما تعین صار کانه استخلف فتفسد صلوة الکل

ومنهم من یقول تفسد صلوة المقتدی خاصة وهو الصحیح لانه لما لم یصر مستخلفا لا حقیقة ولا حکما لما ذکرنا بقی الامام

منفردا فلا تفسد صلوته وتفسد صلوة المقتدی لخلو مکان امامه عن الامام

باب ما یفسد الصلوة وما یکره فیها

هذا الباب لبیان العوارض التی تعرض فی الصلوة باختیار المصلی فکانت مکتسبة

فاخرها عما تقدم لکونها سماویة ومن تکلم فی صلوته عامدا او ساهیا بطلت صلوته وقال الشافعی لا تفسد فی

الخطأ والنسیان الا اذا طال الکلام ولم یفرق المصنف بین السهو والنسیان لعدم التفرقة بینهما فی حکم الشرع والسهو

ما ینتبه صاحبه بادنی تنبیه والخطأ ما لا ینتبه بالتنبیه او ینتبه بعد اتعاب والنسیان هو ان یخرج المدرک من الخیال

علی ما عرف فی موضعه ومفزعه الحدیث ای ملجأه الحدیث المعروف وهو قوله علیه السلام رفع عن امتی الخطأ والنسیان

الحدیث ووجه الاستدلال ان حقیقتهما غیر مرفوعة لوجودهما بین الناس فیکون الحکم وهو الافساد مرفوعا ولنا

حدیث معاویة بن الحکم رضی الله عنه قال صلیت خلف رسول الله صلی الله علیه وسلم فعطس بعض القوم فقلت یرحمک الله

فرمانی القوم بابصارهم فقلت واثکل امّاه ما لی اراکم تنظرون الیّ شزرا فضربوا ایدیهم علی افخاذهم فعلمت انهم یسکتوننی

فلما فرغ النبی علیه السلام دعانی فوالله ما رایت معلما احسن تعلیما منه ما کهرنی ولا زجرنی ولکن قال ان صلوتنا هذه لا

یصلح فیها شیء من کلام الناس الحدیث جعل عدم الکلام فیها من حقها کما جعل وجود الطهارة فیها من حقها فکما

لا یجوز مع عدم الطهارة لا یجوز مع وجود الکلام وهو واضح جدا فان قیل لو کان مفسدا لامر بالاعادة

ولم ینقل قلنا استدلاله بالنفی وهو باطل سلمناه ولکن العلم بالنسخ شرط ولم یکن فلم یامره بالاعادة کیلا

لم ینهاه به قوله وما رواه محمول علی رفع الاثم جواب عن استدلاله بالحدیث المعروف وتقریره ان حکم الخطأ

وهو الاثم مراد بالاجماع فلا یکون حکم الدنیا مرادا والا لزم عموم المشترک او المقتضی وکلاهما باطل علی ما

عرف فی موضعه وقوله بخلاف السلام ساهیا جواب عما یقال السلام کالکلام فی ان کل واحد منهما

قاطع وفی السلام یفصل بین العمد والنسیان فکذلک الکلام ووجهه ان السلام لیس کالکلام لانه من

الاذکار واذا التشهد یسلم عن النبی علیه السلام وهو اسم من اسماء الله تعالی وانما اخذ حکم الکلام بکاف الخطاب

وانما یتحقق معنی الخطاب فیه عند القصد فاذا کان ناسیا الحقناه بالاذکار واذا کان عامدا الحقناه

بالکلام عملا بالشبهین بخلاف الکلام فانه مناف فی الصلوة علی کل حال وکان مبطلا لها لذلک وطولب

بالفرق بینه وبین افعال تنافی الصلوة فان القلیل منها غیر مفسد واجیب بان الاحتراز عن قلیلها غیر

ممکن اذ فی الحی حرکات طبیعیة لیست من الصلوة فلا یفسد حتی یدخل فی حد ما یمکن الاحتراز عنه وهو الکثیر

ولیس فی الحی کلام طبیعی لا یمکن الاحتراز عنه فاستوی القلیل والکثیر قال فان ان فیها او تاوه

الانین صوت المتوجع وقیل هو ان یقول آه والتاوه ان یقول اوه او ارتفع البکاء هو ان یحصل به

حروف وکل ذلک اما ان یکون من ذکر الجنة والنار او من وجع ومصیبة فان کان الاول لم یقطعها لانه

یدل علی الخشوع وان کان الثانی قطعها لان فیه اظهار الجزع والمصیبة فکان کل منها دلیلا علی

المدلول لانه یحمل علی الصریح اذا لم یکن هناک صریح یخالفها ولو صرح بذکر الجنة والنار فقال اللهم انی

اسئلک الجنة واعوذ بک من النار لم یفسد ولو صرح باظهار الوجع فقال انی مصاب فسدت صلوته

فکذلک بالدلالة اذ لیس ثمة صریح یخالفها وعن ابی یوسف انه اذا قال آه لم یفسد فی الحالین ای سواء

کان من ذکر الجنة والنار او من وجع ومصیبة واوه یفسد وقیل الاصل عنده ان الکلمة اذا اشتملت

علی حرفین وهما زائدتان او احدیهما لا تفسد وان کانتا اصلیتین تفسد بها لان اصل کلام العرب

ثلثة احرف حرف یبتدأ به وحرف یوقف علیه وحرف یفصل بینهما فالحرف الواحد اقل الجملة فلا تطلق علیه الکلام

والحرفان اذا کانت احدیهما من الزوائد کذلک لانه نظر الی الاصل علی حرف واحد واما اذا کانتا اصلیتین

فقد وجد الاکثر وهو یقوم مقام الکل والحروف الزوائد تجمعها قولک الیوم تنساه حتی ان کل زائد لا بد ان یکون منها لا مکنته جمعها

في تعليم اليوم تمشاه وعلى هذا قوله آه لا يفسد لانها من الزوايد واوه يفسد لانه زايد على حرفين فانه في
الزوايد على حرفين لا ينظر الى الاصالة والزيادة قال المص وهذا لا يقوى لان كلام الناس هو المفسد وكلام
الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجآء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوايد قال
في النهاية فانك ان قلت انتم اليوم سالتمونيها فان هذا مبتدأ وخبر وفعل وفاعل ومفعول به ومفعول فيه
وكلها من حروف الزوايد وهو مفسد بالاتفاق قلت هذا لا يرد عليه لان كلامه في الحرفين لا في الزوايد
عليهما فان في الزايد عليهما قوله كعقابا وتابعا الشادحون واقول قول المص في حروف كلها زوايد يجوز ان يكون
المراد بالجمع فيه التثنية وح يكون معنى كلامه كلام الناس في العرف عبارة عن وجود الهجآء وافهام المعنى
وذلك يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة فيكون من كلام الناس كغيره فيكون مفسدا
وان تنحنح وحصل به حروف فاما ان يكون بعذر اولا فان كان الثاني وهو ان لم يكن مدفوعا اليه اي لم
يكن بحيث لا يستطيع الامتناع عنه ينبغي ان يفسد عندهما قيل انما قال ينبغي لان المشايخ اختلفوا
فيما اذا كان التنحنح لاصلاح الصوت للقراءة فقال شيخ الاسلام لا يفسد لانه يصير من القراءة معنى
كالمشي للبناء فانه لكونه لاصلاح الصلوة صار من الصلوة وكذا ذكر شمس الائمة وقال في المحيط ان
لم يكن مدفوعا اليه في التنحنح الا انه فعل لاصلاح الحلق ليتمكن من القراءة ان ظهر له حروف نحو قوله اح اح
وتكلف لذلك كان الفقيه اسمعيل الزاهد يقول بقطع الصلوة عندهما لانها حروف هجاء وفيه نظر
لان اختلاف المشايخ لا يستلزم ذلك ولا وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف المشايخ كذلك من قوله
عندهما ايضا فيه نظر لانه قال وحصل به حروف بلفظ الجمع وهو مذهبهما كما مر فلا وجه لافرادهما بالذكر
فان حمل الجمع ههنا ايضا على التثنية اندفع النظر الثاني ويقال في دفع الاول انه لم يثبت فيه نقل عن الائمة
والقياس يقتضي ان يكون مفسدا فقال ينبغي وان كان الاول فهو عفو اي معفو كالعطاس والجشاء فان
ذلك لا يقطع الصلوة وان حصل به حروف هجاء **قوله** وان عطس فقال له آخر يرحمك الله واذا عطس
الرجل فقال له آخر يرحمك الله وهو اي القايل في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس
فكان من كلامهم وانما قيد بقوله آخر لانه قال العاطس بنفسه لا تفسد صلوته لانه بمنزلة قوله يرحمني الله وبه
لا تفسد كذا في الفتاوى الظهيرية بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله فانه لا يفسد على ما قالوا
وفي هذا اللفظ اشارة الى الخلاف بعض وذكر في المحيط روي عن ابي حنيفة رح ان العاطس يحمد في نفسه
ولا يحرك لسانه فلو حرك فسدت صلوته وجه الاول ما ذكره انه لم يتعارف جوابا **قوله** وان استفتح ففتح عليه
الاستفتاح طلب الفتح والاستنصار قال الله تعالى وكانوا يستفتحون اي يستنصرون ويجوز ان يكون
كل واحد منهما ههنا مرادا والاستفتاح اربعة اقسام بحسب القسمة العقلية وذلك لان المستفتح والفاتح
اما ان لا يكونا في الصلوة وليس مما نحن فيه او يكونا فيها او يكون المستفتح فيها دون الفاتح او بالعكس من ذلك
فان كانا في الصلوة فاما ان يكون الصلوة متحدة بان يكون المستفتح اماما والفاتح ماموما اولا فمن الثاني
فسدت صلوة كل منهما لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس قال في الاصل اذا فتح غير مرة فسدت
صلوته وفيه اشارة الى انه ما لم يتكرر لا تفسد قال لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط
في الجامع الصغير التكرار لان الكلام في نفسه قاطع وان قل منها قيل وهو الصحيح وفي الاول لا يكون كلاما

وان فتح على امامه

استحسانا اما بالاثر وهو ما روي ان رسول الله صلعم قرأ في الصلوة سورة المؤمنين فترك منها كلمة فلما فرغ منها
قال الم يكن فيكم ابي بن كعب فقال بلى يا رسول الله فقال هلا فتحت علي فقال ظننت انها نسخت فقال عليه السلام لو
نسخت لانبأتكم واما بما قال في الكتاب من انه مضطر الى اصلاح صلوته وكان هذا من اعمال الصلوة معنى ثم اختلف
المشايخ بان المقتدي ينوي الفتح على امامه او قراءة القرآن فمنهم من قال ينوي بالفتح التلاوة ومنهم من قال ينوي
الفتح دون القراءة قال المص هو الصحيح اشارة الى ان الاول ليس بصحيح لان المقتدي مرخص له في الفتح على
امامه وممنوع عن القراءة فلا يترك ما رخص له الى ما نهي عنه وانما هذا اذا اراد ان يفتح على غير امامه فانه ينوي القراءة
دون التعليم على ما يذكر ولم يفرق في الكتاب بين ما اذا قرأ الامام مقدار ما يجوز به الصلوة وبين ما لم يقرأ وان
اختلفوا فيه اختيارا منه للتصحيح فانه اذا فتح بعدما قرأ ذلك صح ولا تفسد صلوة واحد منهما ولو كان الامام انتقل
الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وصلوة الامام ايضا ان اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة
وهذا ايضا قول المشايخ اختاره المص ومنهم من يقول لا تفسد وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وينبغي للامام
ان لا يلجئهم اليه بان يردد الآية او يقف ساكتا بل يركع اذا جاء اوانه وانما اطلق الاوان لاختلاف المشايخ
فيه فمنهم من اعتبر الاستحباب فقال ينبغي للامام اذا ارتج ان يتجاوز الى سورة اخرى او يركع اذا كان قرأ
المستحب صيانة للصلوة عن الزوايد ومنهم من اعتبر الفرض فقال يكره للامام ان يتردد فيلجئ القوم الى ان
يفتحوا عليه اذا قرأ مقدار ما يتعلق به الجواز وان كان المستفتح وحده في الصلوة وفتح عليه الخارج واخذ
فسدت صلوته لوجود التلقين والتلقن وان كان بالعكس فان نوى تعليمه فسدت وان نوى قراءة القرآن
لم تفسد واشتراط التكرار وعدمه قد مر **قال** ولو اجابه رجلا في الصلوة بلا اله الا الله اذا
قيل بين يدي المصلي أإله مع الله فقال لا اله الا الله فلا يخلو اما ان اراد جوابه او اعلامه انه في الصلوة فان كان
الاول فسدت صلوته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا تفسد لان هذا الكلام ثناء بصيغته اي بالوضع
لصيغته وكل ما هو كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما اذا اراد به اعلامه انه في الصلوة ولهما ان كلامه يحتمل الثناء
والجواب فكان كالمشترك والمشترك يجوز تعيين احد مدلوليه بالقصد والعزيمة كالتشميت فانه لا شك انه ذكر
بصيغته ويحتمل الخطاب وقد جعله النبي عليه السلام من كلام الناس حين قصد به خطاب العاطس فانه قيل
ان رسول الله عليه السلام قال لمعاوية بن الحكم حين شمت العاطس ... ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس
[illegible] ولم يفسد صلوته فيجاب بحمل الائمة السرخسي بانه محمول على انه انتهى بالقراءة الى هذا الموضع
وقياسه على ارادة الاعلام فاسد لانه ثبت بالنص على ما نذكر واذا قيل بين يدي المصلي مات فلان فقال انا لله
وانا اليه راجعون اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال هو على الخلاف وهذا القائل لا يحتاج الى بيان فارق
الصحيح ومنهم من قال هو على الوفاق يعني ان ابا يوسف وافقهما في ان الاسترجاع مفسد والفرق له ان
الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلوة لاجله والتهليل للتوحيد والتعظيم والصلوة شرعت له
وان كان الثاني لم تفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نايبة في الصلوة فليسبح فان التسبيح
للرجال والتصفيق للنساء **وقوله** ومن صلى ركعة من الظهر يعني فاستلى ركعة من صلوة ثم افتتح العصر او
التطوع اما ان يكون الثانية غير الاولى او عينها فان كان الثاني فعند نعض الاولى وهي المسألة المذكورة في الكتاب
ولا لانه صح شروعه في غيره ومن ضرورته الخروج عن الاولى فيبطل فان كانا فرضين فلا يخلو اما ان يكون

المصلي صاحب ترتيب او لا فان كان وقت الثانية نفلا او ان لم يكن وقت فرضا وان كان الاول وهي المذكورة في الكتاب ثانيا فقد لغت نيته وبقي المنوي الاول على حاله لانه نوى تحصيل الحاصل ويكون ما صلى من الاولى محسوبا حتى لو صلى بعدها ثلث ركعات تخرج عن العهدة ولو صلى اربعا على ظن ان الاولى انتقضت ولم يقعد في الثالثة فسدت صلوته لانه ترك القعدة الاخيرة وذكر في الخلاصة هذا اذا نوى بقلبه اما اذا نوى بلسانه وقال نويت ان اصلي الظهر انتقض اصلي ولا يجتزى به قوله واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة رح قيد الامام اتفاقي لان حكم المنفرد كذلك وقيل يحتمل انه قيد بالامام لانه المحتاج الى تطويل القراءة فربما يحتاج الى النظر في المصحف ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرأ وهو مختلف فيه فمنهم من يقول اذا قرأ مقدار آية لان ما دونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول مقدار الفاتحة والظاهر ان القليل والكثير عنده في الافساد وعندهما في عدمه سواء فلهذا اطلق في الكتاب ولهما انها اي القراءة عبادة وهو وانضم انضافت اي انضمت الى العبادة وهي النظر في المصحف لقوله عليه السلام اعطوا اعينكم من العبادة حظها وقيل وما حظها من العبادة قال النظر في المصحف والعبادة الواحدة غير منفسدة بضم عبادة اخرى اليها الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ونحن نهينا عن التشبه بهم فيما لنا منه بد ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير وهو مفسد لا محالة ولانه تلقن من المصحف وهو كالتلقن من غيره في تحصيل ما ليس بحاصل عنده والتلقن من الغير مفسد لا محالة فكذا من المصحف وعلى هذا اي على هذا الوجه الثاني لا فرق بين الموضوع في مكان والمحمول لانهما في التلقن سواء وعلى الاول يفترقان لانه اخذ فيه الحمل فاذا فات بالوضع فات بعض الدليل وشمس الائمة السرخسي جعل التعليل بالتلقن اصح **وقوله** ولو نظر الى مكتوب سوى القرآن فانه اذا كان قرآنا لا خلاف لاحد في جوازه فاما غير القرآن فقد قال بعض مشايخنا لا تفسد على قول ابي يوسف رح وتفسد على قول محمد رح كما لو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأ بلسانه فانه لا يحنث عند ابي يوسف خلافا لمحمد رح لان الغرض من القراءة بالنسان او الفهم فكان الفهم كالقراءة ولابي يوسف ان القراءة انما يكون باللسان لانه من الكلام قال الصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع وليس هذه كمسئلة اليمين لان المقصود هنا الفهم واما فساد الصلوة فبالعمل الكثير ولم يوجد قال وان مرت امرأة بين يدي المصلي انما ذكر هذه المسئلة وان لم يعد من المصلي شيء يوجب فساد صلوته ردا لقول اصحاب الظواهر ان مرور المرأة بين يدي المصلي يفسد صلوته لقوله عليه السلام يقطع المرأة الصلوة والكلب والحمار ولما انكرت عائشة رض حين بلغها قالت يا اهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمر والكلاب كان رسول الله صم يصلي وانا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا سجد خنست رجلي واذا قام مددتها واعترض بان الكلام في المرور وبين يدي المصلي لا الاعتراض واجيب بان الاعتراض بدوامه اذا لم يكن مفسدا فالمرور اولى ثم الكلام في هذه المسئلة في مواضع اولها هذا وهو ان مرور شيء لا يقطعها لقوله عليه السلام لا يقطع الصلوة مرور شيء والثاني ان المار اثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين قال الراوي لا ادري اربعين عاما او شهرا او يوما قيل صح من حديث ابي هريرة ان المراد اربعين سنة والثالث ان مقدار موضع المرور فيه هو موضع السجود على ما قيل وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام وقاضي خان وقال فخر الاسلام اذا صلى رامياً ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره ومنهم من قدره بصفين او ثلثة

ومنهم من قدره بثلثة اذرع ومنهم من قدره بخمسة اذرع ومنهم من قدره باربعين هذا اذا كان في الصحراء فاما اذا كان في المسجد فقيل لا ينبغي لاحد ان يمر بينه وبين قبلة المسجد وقيل يمر ما وراء خمسين ذراعا **قوله** ولا يكون بينهما اي بين المصلي والمار حائل كاسطوانة او جدار واما كان فلا باس ثم ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر قامة الرجل كان سترة فلا باس ثم وبين هذين القيدين اعني قيد عدم الحائل وقيد المحاذاة وبين قوله اذا مر في موضع سجوده منافاة لان الجدار والاسطوانة لا يتصوران ان يكون بينه وبين موضع سجوده وكذلك اذا صلى على الدكان لا يتصور المرور في موضع سجوده ولعل معنى قوله في موضع سجوده في موضع قريب من موضع سجوده فيؤول الى ما اختاره فخر الاسلام انه اذا صلى رامياً ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره وبهذا لا منافاة فيه فلهذا قال فخر الاسلام انه حسن لكونه مطردا فانه ما اختار شيئا الا وهو مطرد في الصور كلها رحم الله الامام الذي حاز قصبات السبق في ميدان التحقيق جزاه الله عن المخلصين خيرا والرابع ان ياخذ سترة اذا صلى في الصحراء لقوله عم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة والخامس في مقدارها وذلك ان لا يكون ذراعا فصاعدا لقوله عم ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل بضم الميم وكسر الخاء لغة في آخرة وهي الخشبة العريضة التي يحاذي راس الراكب وتشديد الخاء خطاء وهي يجوز ان يكون مقدار ذراع وسندكر انه عليه السلام صلى الى العنزة وهي مقدار ذراع **وقوله** ينبغي بيان غلظه وروي عن ابن مسعود انه قال يجزي من السترة السهم والسادس ان يقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها والسابع ان السترة على حاجبه الايمن او الايسر لان الاثر ورد به روي انه عليه السلام ما صلى الى شجرة ولا الى عمود الا جعله على حاجبه الايمن ولم يصمد صمدا اي لم يقصد قصدا الى المواجهة والثامن ان سترة الامام سترة للقوم لانه عم صلى ببطحاء مكة الى العنزة ولم يكن للقوم سترة اي عصا ذات زج والزج الحديد في اسفل الرمح وهو بالتنوين لانه اسم جنس نكرة وقال في الكافي ان اريد بها عنزة النبي عم كان غير منصرف للعلمية والتانيث فيكون منصوبا والتاسع ان المعتبر هو الغرز دون الالقاء والخط قيل هذا اذا كانت الارض رخوة اما اذا كانت صلبة لا يمكنه الغرز فانه يضع طولا ليكون على هيئة الغرز فان لم يكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتاخرين يخط خطا طولا وهو قول الشافعي ولم يعتبره المص لان المقصود وهو الحيلولة بينه وبين المار لا يحصل به فيكون وجوده كعدمه وهو المروي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى هشام عن ابي يوسف انه كان يطرح سوطه بين يديه ويصلي فان قيل الوضع والخط قد رويا كالغرز فما وجه المنع اجيب بان ذلك لم يصح عند ائمة الحديث ولم يذكر ان ترك السترة لا باس به اذا امن المرور لان اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند عدم المار وروي عن محمد رح انه تركه في طريق الحجاز غير مرة والعاشر ان الدرء اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلام ادرؤا ما استطعتم ويدرأ ان يدفع بالاشارة كما فعل النبي عم بولدي ام سلمة حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر بين يديه فاشار اليه ان قف فوقف ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه فاشار اليها ان قفي فابت فمرت فلما فرغ من صلوته قال صلعم انهن ناقصات العقل ناقصات الدين صواحب يوسف صواحبكم يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل وهو قوله عم اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح

ومبتلابه في الصلوة فليسبح ويكره الجمع بينهما اي بين الاشارة والتسبيح لان باحدهما كفاية وهذا في حق الرجال واما
النساء فيصفقن يضربن بظهور اصابع اليد اليمنى على صفحة الكف من اليسرى لما ان في صوتهن
فتنة فلا يستحب لهن التسبيح

فصل

فيما يكره للمصلي عما يفسد صلوته واخر
ذكر النوع المفسد ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه قال بدر الدين الكردري العبث الفعل الذي فيه غرض لكنه ليس
بشرعي ولما كان العبث بالثوب او الجسد اكثر وقوعا قدمه لانه كلي يشمل انواعه لان العبث بالثوب لا يشمل
بعبث من تقليب الحصا وغيره لقوله عم ان الله كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلوة والباقيان هو الرفث
في الصوم والضحك في المقابر **قوله** لان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة قيل فعلى هذا
كان كالقهقهة فينبغي ان يفسد الصلوة وهو ساقط لان افساد القهقهة لفساد الوضوء بها وليس
في العبث ذلك **قوله** ولا يقلب الحصا ظاهر قيل وحاصله ان كل عمل يفيد المصلي لا باس به لما روي انه عم
عرق في صلوته ليلة فسلت العرق عن جبينه اي مسحه لانه كان يؤذيه فكان مفيدا واذا قام من سجوده في
الصيف نفض ثوبه يمنة ويسرة كيلا يبقى صورة **قوله** ولا يفرقع اصابعه الفرقعة تنقيض الاصابع
بالغمز او المد حتى يصوت **قوله** لانه عم نهى عن الاختصار روى ابو هريرة رض ان النبي عم نهى عن الاختصار
في الصلوة وفي كتاب ابو هريرة رض ان النبي عم نهى عن الاختصار في الصلوة **قوله** ولا يلتفت ظاهر **قوله**
هو الصحيح احترازا عن تفسير الاخر للاقعاء وهو ان ينصب قدميه كما يفعل في السجود ويضع اليتيه على عقبيه لان
الكلب لا يقعي كذلك وانما يقعي مثل ما ذكره في الكتاب الا انه ينصب يديه والادمي ينصب ركبتيه الى صدره
قوله ولا يرد السلام ظاهر **قوله** فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته فرضا كانت او نفلا
وعن سعيد بن جبير انه شرب وعن طاوس يجوز شربه في النفل وهو رواية عن احمد **قوله** لانه اي لان كل
واحد من الاكل والشرب عمل كثير لا محالة وهو مفسد **وقوله** وحالة الصلوة مذكرة جواب عما يقال ينبغي ان
يكون النسيان عفوا كما في الصوم ووجهه انها ليست كالصوم لان حالة الصلوة مذكرة بخلاف حالة الصوم
فان اكل ما بين اسنانه فمنهم من يقول اذا كان ما دون ملء الفم لا تفسد ومنهم من يقول اذا كان قليلا
ما دون الحمصة لا تفسد كما في الصوم وان كان اكثر من ذلك فسدت **قال** ولا باس ان يكون مقام الامام
في المسجد شرع من هنا في بيان مسائل الجامع الصغير والطاق وهو المحراب والمذكور في الكتاب وجها الكراهة
احد النظرين والطريق الاخر وهو المروي عن الفقيه ابي جعفر ان حاله تشتبه على من عن يمينه ويساره وعلى
هذا اذا كان بجنبي الطاق عمودان ووراء ذلك فرجة يطلع فيها من بجنبيه ويساره على حاله فلا باس به والمراد
بالمقام المذكور في الكتاب مكان الاقدام فاذا كانت قدماه خارجه فلا باس به وانما اختار المصنف الوجه
الاول لانه مطرد بخلاف الثاني فانه اذا امكن الاطلاع على حاله بالفرجة على ما ذكرنا لم يطرد فيه وانما قيد
قوله ان يكون الامام بقوله وحده اشارة الى انه لو كان معه بعض القوم لم يكره وانما قال على الدكان وظاهر الرواية
احترازا عما ذكر الطحاوي انه لا يكره لزوال المعنى الاول وهو التشبه بصنيع اهل الكتاب فانهم لا يفعلون ذلك ولم
يذكر في الكتاب مقدار ارتفاع الدكان وذكر الطحاوي انه مقدر بقامة الرجل وهو مروي عن ابي يوسف وقيل مقدر بما
يقع به الامتياز وقيل بذراع اعتبارا بالسترة وعليه الاعتماد وهذا اذا لم يكن فيه عذر واما اذا كان كما في الجمعة يقوم
الناس على الرفوف والامام على الارض في الجامع لضيق المكان فلا يكره **قوله** ولا باس ان يصلي الى ظهر رجل قاعد

يتحدث لانما المكروه ان يصلي الى وجه غيره لما روي ان عمر رض راى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما بالدرة
وقال للمصلي استقبلت الصورة في صلوتك وقال للقاعد استقبلت المصلي بوجهك فعلم ان ذلك مكروه ويعلم
من قوله الى ظهر رجل يتحدث انه لا باس بان يصلي وبقربه قوم يتحدثون ومن الناس من كره ذلك لما روي ان رسول الله
عليه السلام نهى ان يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون او نائمون وتأويله عندنا اذا رفعوا اصواتهم على وجه يخاف
وقوع الغلط في الصلوة او يخاف ان يظهر صوت من النائم فيضحك في صلوته فان لم يكن كذلك فلا باس به والدليل
على انه لا يكره عند الامن عن ذلك ما روي ان اصحاب رسول الله عليه السلام كانوا يصلون وبعضهم كانوا يقرؤن
وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يذكرون المواعظ ولم ينههم عن ذلك رسول الله عليه السلام **قوله**
ولا باس بان يصلي وبين يديه سيف معلق انما اورد هذه المسئلة لان من العلماء من كره ذلك فقال السيف آلة
الحرب وفي الحديد باس شديد فلا يليق تقديمه في مقام الابتهال وقيل هو قول ابن عمر رض عنهما وفي استقبال
المصحف تشبه باهل الكتاب فانهم يفعلون ذلك بكتبهم وقيل هو قول ابراهيم النخعي وما ذكر في الكتاب من الدليل
ظاهر **قوله** ولا باس بان يصلي على بساط فيه تصاوير [illegible] ان يكون
من ذوات الروح او لا **قوله** واطلق الكراهة في الاصل اي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة بين ان يسجد
على الصورة او لا يسجد والمذكور في الجامع الصغير انه ان كان في موضع سجوده يكره لما فيه من التعظيم وان
كان في موضع جلوسه وقيامه لا يكره لما فيه من الاهانة ووجه ما في الاصل ما ذكره ان المصلي معظم بالفعل المفعول
فيها ومعناه ان البساط الذي اعد للصلوة معظم من بين سائر البسط فاذا كان فيه صورة كان نوع تعظيم
لها ونحن امرنا باهانتها فلا ينبغي ان يكون في المصلي مطلقا سجد عليها او لم يسجد **قوله** لحديث جبريل روي
ان جبريل عم استاذن على رسول الله صلعم فقال له ادخل فقال كيف ادخل بيتا فيه ستر عليه تماثيل حيوان او
رجال فاما ان يقطع رؤسها او يجعل بساطا توطأ انا معاشر الملائكة لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة **قوله**
لان الصغار جدا لا يعبد روي انه كان على خاتم ابي موسى ذبابتان وكان لابن عباس رض كانون محفوف
بصور صغار **قوله** واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحو الراس انما فسر بهذا اشارة الى انه لو قطع راسه
بخيط من الحلقوم كانت الكراهة باقية لان من الطيور ما هو مطوق انما ما محي راسه بحيث لا يرى لا يكره لما ذكر انه
لا يعبد بلا راس فكان كالجمادات فصار كما لو صلى الى شمع او سراج في انهما لا يعبدان وانما قال على ما قالوا
اشارة الى ان بعضهم قال يكره ذلك كما لو كان بين يديه كانون فيه جمر او نار توقد والصحيح ما قالوا لما
ذكر انهما لا يعبدان **وقوله** ولو كانت الصورة على وسادة ظاهر ويحكى عن الحسن البصري وعطاء انهما
دخلا بيتا فيه بساط عليه تصاوير فوقف عطاء وجلس الحسن وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها
قوله واشدها اي اشد الصورة كراهة يشير الى ان الكراهة مقول بالتشكيك تختلف احادها بالشدة
والضعف وقيل اذا كانت خلف المصلي لا يكره الصلوة ولكنه يكره كونه في البيت لان تنزيه مكان الصلوة
عما يمنع دخول الملائكة مستحب **وقوله** وتعاد على وجه غير مكروه اي تعاد الصلوة للاحتياط ذي الروح
لما روي عن ابن عباس رض انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف اصنع وهو كسبي قال ان لم يكن بد فعليك
بتمثال الاشجار وفي هذا اشارة الى ان التمثال والصورة واحد ومنهم من قال التمثال ما تقعد على الجدار
والصورة ما على الثوب وليس بواضح **قوله** ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلوة ولم يفرق بين ما اذا امكنه

الغسل بغير واحدة وبين ما اذا احتاج الى الضربات وهو اختيار شمس الائمة السرخسي لان قوله عم اقتلوا الاسودين
ولو كنتم في الصلوة لم يفصل ومنهم من قال ان امكنه القتل بضربة فعل وان ضرب ضربات استقبل الصلوة لانه
عمل كثير والجواب انه عمل رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضي وفي كلام المص
ما ينبو عنه الاثر قال ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار فانه يشير الى انه ليس كالمشي بعد الحدث وغيره لان
ذلك لاصلاح الصلوة دون هذا قوله ويستوي جميع انواع الحيات يعني التي تسمى جنية وغيرها قوله
وهو الصحيح احتراز عن قول الفقيه ابي جعفر ان الحيات منها ما يكون من سواكن البيوت وهي جنية ومنها ما لا
يكون منها والاولى التي يكون صورتها بيضاء لها ظفيرتان تمشي مستوية وقتلها لا يباح لقوله عم اياكم والحية
البيضاء فانها من الجن من غير فصل بين الصلوة وغيرها فلا يقتل في غيرها ايضا الا بعد الانذار وهو ان ينادي
بان يقال خلي طريق المسلمين فان ابت قتلت والثانية هي التي يضرب لونها الى السواد وفي مشيتها التواء قال
الطحاوي لم الفرق بينهما فاسد لان النبي عم اخذ عن الجن العهود والمواثيق بان لا يظهروا لامته في صورة الحية
ولا يدخلوا بيوتهم فاذا نقضوا العهد يباح قتلها وهو مختار شمس الائمة والمص بدليل الاطلاق بما روينا قوله
ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلوة اطلق الصلوة الى ان العد مكروه في الفرائض والنوافل جميعا وكذا
عد السور باتفاق اصحابنا في ظاهر الرواية لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وروى عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
في غير ظاهر الرواية ان العد باليد لا باس به وقيد باليد لان الغمز برؤس الاصابع او الحفظ بالقلب غير
مكروه بالاتفاق واحترز عن العد باللسان فانه يفسد الصلوة وقيد بالصلوة احترازا عن خارج الصلوة
لما ذكر فخر الاسلام ان عد التسبيح في غير الصلوة بدعة وكان السلف يقولون نذنب ولا نحصي ونسبح ونحصي وقيد
بالتسبيح والاي احترازا عن عد الناس وغيرهم فانه يكره بلا خلاف وكلام المص يدل على ان الخلاف بينهم في
الفرائض والنوافل جميعا وقيل الخلاف في المكتوبة واما النوافل فلا خلاف انه لا يكره وقيل الخلاف في
النوافل ولا خلاف في المكتوبة انه يكره لهما ان المصلي قد يحتاج الى ذلك عملا بما في السنة وهي ان يقرأ
اية في الفرائض وعملا بما جاءت به السنة في صلوة التسبيح في تسبيحاتها عشرا عشرا فلا باس بالعد وله ولابي
حنيفة ره انه يمكنه ان يفعل ذلك قبيل الشروع في الصلوة واما في صلوة التسبيح فلا ضرورة ايضا الى العد
باليد لانه يحصل بالغمز برؤس الاصابع فيستغني عن العد باليد

فصل

لما فرغ عن بيان الكراهية
في الصلوة شرع في بيانها خارج الصلوة والخلاء بالمد بيت التغوط والمقصود البيت ويكره استقبال القبلة بالفرج
في الخلاء لان النبي عليه السلم نهى عن ذلك رواه سلمان رض وانما قيد بالخلاء فان كان في الصحراء كذلك لما فيه خلاف
الشافعي لانه يقول انما يكره اذا كان في الفضاء فاما في الابنية فلا وفي الاستدبار عن ابي حنيفة ره روايتان فعلى
احدى الروايتين لا فرق بين الاستقبال والاستدبار بما ذكر في الكتاب من قوله لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة
وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها فان قيل كيف يعارض بما
جاء في حديث ابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم ان النبي عم قال لا تستقبلوا القبلة لغائط او بول ولا تستدبروها
ولكن شرقوا او غربوا اجيب بانه محمول على ان المراد به اهل المدينة لانهم اذا استدبروا صاروا مستقبلين
بيت المقدس وكان مكروها تعظيما لبيت المقدس او على انه يكون دليلا لما عند التغوط قوله ويكره المجامعة فوق
المسجد قوله لانه ياخذ حكم المسجد يعني لعدم الحلول حتى يصح ويورث في البيت فانه يستحق الكل

بعد

بعد في بيته مكانا يصلي فيه النوافل والسنن قال الله تعالى في قصة موسى عم واجعلوا بيوتكم قبلة وقال عليه السلم لا تتخذوا
بيوتكم قبورا او موحشا وتخوفه ترك الصلوة في البيت قوله لانه اي الغلق يشبه المنع من الصلوة وهو حرام قال الله تعالى ومن
اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وقيل لا باس به اي بغلق باب المسجد اذا خيف على متاعه في غير اوان الصلوة
لاختلاف احوال الناس بحسب اختلاف الزمان الا ترى ان النساء كن يحضرن الجماعات ثم منعن من ذلك وكان الشيخ
عرينا فكذلك اغلاق باب المسجد في زماننا والتدبير فيه الى اهل المحلة فانهم اذا اجمعوا على رجل وجعلوه متوليا بغير امر
القاضي يكون متوليا قوله ولا باس بان ينقش المسجد بالجص انما ذكر هذه المسئلة بهذه العبارة لاختلاف الناس
فيها فمنهم من كره ذلك لان عليا رض مر على مسجد مزخرف فقال لمن هذه البيعة وانما قال ذلك لكراهة هذا الصنيع في
المساجد وعندنا لا باس بذلك لان عمر رض زاد في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزينه في خلافته ولان في
تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المساجد لانتظار الصلوة وعلل لانه احسن وقال شمس الائمة
السرخسي في قوله لا باس اشارة الى انه لا يوجر عليه ولا ياثم به وقيل هو قربة لان الله تعالى حث على عمارة المسجد
بقوله انما يعمر مساجد الله من امن بالله واليوم الاخر والكعبة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالديباج
قوله وهذا اشارة الى انه لا باس يعني انما يكون لا باس به اذا فعل ذلك من مال نفسه اما المتولي يفعل
من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى التزيين والنقش حتى لو فعل ذلك ضمن والله اعلم

باب صلوة الوتر

لما فرغ من بيان المفروضات وما يتعلق بها من بيان اوقاتها
وكيفية ادائها والاداء الكامل والقاصر شرع في بيان صلوة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلوة الوتر
والدليل على انه قصد بيان المناسبة ايراد النوافل بعدها لكون الواجب بين الفرض والنفل كما هو حقه الوتر عند ابي
حنيفة ره واجب قيل ليس للوتر رواية منصوص عليها في الظاهر ولكن روى ابو يوسف عن خالد السمتي عن ابي حنيفة
انها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن ابي مريم عنه انها سنة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وروى عنه
حماد بن زيد انها فريضة وبه اخذ زفر ره قال الا ظاهر اثار السنن فيها حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن لها فيكون
سنة واعترض عليه بانه مشترك الالزام فانه لقائل ان يقول علامة اثار الواجبات فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن
لها فيكون مثله واجبا كصلوة العيد واجيب بانا لا نسلم ان صلوة العيد واجبة سلمنا لكن الجمع من اثار السنن
ولا نسلم ان صلوة العيد ليس لها اذان بل يقال لهم الصلوة جامعة يرحمك الله اذان لها ولابي حنيفة قوله
عليه السلام ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر رواه ابو بصرة الغفاري رض ووجه الاستدلال من ثلثة اوجه احدها
انه اضاف الزيادة الى الله والسنن انما تضاف الى رسول الله صلعم والثاني انه قال زادكم والزيادة انما تتحقق في
الواجبات لانها محصورة بعدد لا في النوافل لانها لا نهاية لها والثالث ان الزيادة على الشيء انما تتحقق اذا كان
من جنس المزيد عليه لا يقال زاد في ثمنه اذا وهب هبة مبتدأة ولا يقال زاد على الهبة اذا باع والمزيد عليه فرض فكذا الزائد
الا ان الدليل غير قطعي فصار واجبا والرابع الامر فانه للوجوب قوله ولهذا اي ولكونه واجبا وجب القضاء
بالاجماع فان السنن لا يجب قضاؤها بالاجماع قيل المراد بالاجماع اجماع اصحابنا على ظاهر الرواية فانه
نقل عن ابي يوسف انه لا يقضي خارج الوقت وعن محمد انه قال احب الي ان يقضي وقيل المراد به الاجماع اجماع
السلف لكنه لم يثبت الا بطريق الاحاد قوله وانما لا يكفر جاحده جواب عن قولهما حيث لا يكفر جاحده وذلك
ان الجاحد انما يكفر اذا كان الدليل قطعيا وهنا ليس كذلك لان وجوبه ثبت بالسنة يعني خبر الواحد

وكلامه يشير الى انه وجوبه لو ثبت بغير السنة كمن جاحدا وفيه نظر لانه كان فرضا لا واجبا وفي الجملة كلامه في هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكل جواد كبوة قوله وهو اى كون وجوبه ثبت بالسنة هو المحكي بما روى عنه انه سنة قوله حتى لا يؤدى بنية وقت العشاء فاكتفى بأدائه اى اذان العشاء واقامته جوابا عن قولهما ولا يؤذن له وقد جعلنا ورد عليه قال والوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام وقال الشافعي في قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك لقوله عم ان الله وتر يحب الوتر ولنا ما روت عائشة رضي ان النبي عليه السلام كان يوتر بثلث وحكى الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلث وهو مذهب ابي بكر وعمر والعبادلة وابي بن كعب وروي ان عمر رض رأى سعدا يوتر بركعة فقال ما هذه البتيراء لتشفعنها او لاؤدبنك وانما قال ذلك لان الاثر اشتهر ان النبي عم نهى عن البتيراء وقيل لا حجة لهما فيما روى لان الله تعالى وتر لا من حيث العدد فان قيل فقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احب ان يوتر بخمس فليفعل ومن احب ان يوتر بواحدة فليفعل وروى انه يوتر بسبع وتسع واحدى عشرة فما وجه ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ذلك قبل استقرار الوتر او يحمل على انه يتنفل بالركعتين ويوتر بالثلث وكذا غيره ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي رض قوله الذي يوافقنا فيه على الثلث يقنت فيها بعد الركوع لما روى انه عم قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روى ان ابن مسعود رض بعث امه لتراقب وتر رسول الله عم فذكرت انه اوتر بثلث ركعات قرأ في الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية قل يا ايها الكافرون وفي الثالثة قل هو الله احد وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس رض والجواب عما روى انه قنت في آخره ان ما زاد على النصف الثاني هو آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي فانه يقول يقنت في النصف الاخير من رمضان لا غير لما روى ان عمر امر ابي بن كعب بالامامة في ليالي رمضان وامره بالقنوت في النصف الاخير منه ولنا قوله عم للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل وتأويل ما روى عن عمر رض ان المراد بالقنوت طول القراءة في الصلوة ولئن سلم ان المراد به القنوت المتنازع فيه فذلك اثر الصحابي والشافعي رحمه الله لا يرى الاحتجاج به لا يقال انه احتج به لانه اجماع معنى فان ابيا رض كان يؤم بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع لان خلاف ابن عمر رض قد ثبت حيث قال لا اعرف القنوت الا طول القيام ومع خلافه لا ينعقد الاجماع ويقرأ في كل ركعة من الوتر بالاجماع اما عندهما فلكونه سنة فلان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل واما عند ابي حنيفة فلان وجوبه لما كان بالسنة وجبت القراءة في الجميع احتياطا لانها لا تفيد القطع واستدل المصنف بقوله فاقرؤا وما تيسر انما هو على وجوب مطلق القراءة واما على تعيين القراءة وهو الفاتحة وضم السورة اليها فلا دلالة للآية على ذلك نعم ما روينا من حديث ابن مسعود رض دليل على ذلك واما انه لا تعين سورة بعينها يقرأ على الدوام فقد تقدم الكلام فيه ولو راد التبرك بما ورد من حديث ابن مسعود رض في بعض الاوقات كان حسنا واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت من حقيقة القراءة الى شبهتها والتكبيرات شرعت عند اختلاف الحالة كالقيام والركوع والسجود وقيل التكبير مشروع في اختلافها افعالا كالخفض والرفع لا اقوالا الا ترى انه لا يكبر عند الانتقال من الاستفتاح الى القراءة وان اختلف الحال من الثناء الى القراءة واجيب بانه ثبت بالنص رفع اليدين في هذه الحالة بقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ورفعها بغير تكبير غير مشروع في الصلوة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين فكان التكبير ثابتا وهو من باب الاستحسان بالاثر لان القياس يقتضي خلافه لان مبنى الصلوة على السكينة والوقار وقد ذكرنا المواطن السبع في صفة الصلوة وانما قال الى

سبع وان كان للمواطن مذكرا على تأويل البقاع والمراد بنفي رفع الايدي على سبيل الحصر ان لا ترفع على وجه الهدى الا في سبع مواطن لا نفيه مطلقا لان رفعها عند الدعاء مستحب وعليه المسلمون في عامة البلدان وليس في القنوت دعاء معين سوى قوله اللهم انا نستعينك فان الصحابة اتفقوا على هذا القنوت والاولى ان يأتي بعده بما علم رسول الله صلعم الحسن بن علي رض في قنوته اللهم اهدنا فيمن هديت الخ ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي قال ابو نصر البغدادي القنوت في الفجر عند الشافعي وفي غيرها ان حدثت حادثة وان لم تحدث فعلى قولان واستدل بحديث انس رض كان النبي عم يقنت في صلوة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عم قنت في صلوة الفجر شهرا يدعو على حي من احياء العرب وهكذا روى عن انس رض قال قنت رسول الله صلعم في صلوة الفجر شهرا او قال اربعين يوما يدعو على رعل وذكوان وعصية حين قتلوا القراء وهم سبعون رجلا او ثمانون وقيل فلما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شيء او يتوب عليهم ترك ذلك فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه فلا يترك الاصل بالشك ولهما انه منسوخ لما روينا انه عليه السلام قنت شهرا ثم تركه ولا متابعة في المنسوخ واذا لم يتابعه ماذا يفعل قال بعضهم يقف قائما ليتابعه فيما يجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي الا ترى ان المقتدي لا يأتي بالقراءة وهو شريك الامام لا يقال كيف يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي الا ترى ان المقتدي لا يأتي بالقراءة وهو شريك الامام لانا نقول كيف يقعد تحقيقا للمخالفة وهي مفسدة للصلوة لان المخالفة فيما هو من الاركان او الشروط مفسدة لا في غيرها ولا يقال الساكت اذا كان شريك الداعي ينبغي ان لا يقعد لان السكوت موجود في القعود ايضا لان السكوت انما يكون دليل الشركة اذا لم توجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد وامامه قائم قال المصنف وهو الاظهر لان فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره فما كان مشروعا يتبعه فيه وما كان غير مشروع لا يتبعه وقال بعضهم يسلم قبل الامام لان الامام اشتغل بالبدعة ولا معنى لانتظاره ولم يذكره المصنف لانه مخالفة ظاهرة للامام وهو السلام ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية يعني ان هذه المسئلة تدل على شيئين احدهما ان اقتداء الحنفي المذهب بالشافعي جائز والثاني ان المقتدي يتابع امامه في قراءة القنوت في الوتر وذلك لان الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع انه يتابع في الخطأ اجماع على المتابعة في الدعاء المسنون لان قنوت الوتر صواب بيقين وقال ابو اليسر الاقتداء بشافعي المذهب غير جائز من غير ان يطعن في دينهم لما روى مكحول النسفي في كتاب سماه كتاب الشعاع عن ابي حنيفة ان من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه تفسد صلوته وجعل ذلك علة لكثرة فساد صلوتهم فاسدة عندنا فلا يصح الاقتداء بهم وفيه نظر لان فساد الصلوة عند رفع الرأس من الركوع برفع اليدين لا يمنع صحة الاقتداء في الابتداء لجواز صلوة الامام اذ ذاك ثم قوله بالشفعوية خطأ من حيث اللغة لان النسبة الى الشافعي شافعي يحذف ياء النسبة من المنسوب اليه قوله واذا علم المقتدي ما يزعم به فساد صلوته يعني ان الاقتداء انما يصح اذا كان في مواضع الخلاف بان يتوضأ من الخارج النجس من غير السبيلين وان لا ينحرف عن القبلة انحرافا فاحشا وان لا يكون شاكا في ايمانه وان لا يتوضأ في الماء الراكد القليل وان يغسل ثوبه من المني ان كان رطبا او يفركه ان كان يابسا وان لا يقطع الوتر وان يراعى الترتيب في الفوائت وان يمسح ربع رأسه فان علم منه شيئا

فمن لا ثناء لا يصح الاقتداء به وان لم يعلم جاز ويكره بهذا الحكم الفساد الراجع الى زعم المقتدي ولم يذكر حكم الفساد الراجع
الى زعم الامام وقد اختلف مشايخنا في ذلك فقال الهندواني وجماعة ان المقتدي اذا راى امامه مس امراة ولم يتوضأ
لا يصح الاقتداء به وذكر التمرتاشي ان اكثر مشايخنا جوزوه وقال صاحب النهاية وقول الهندواني اقيس لان في زعم الامام
ان صلوته ليست بصلوة وكان الاقتداء ح بناء الموجود على المعدوم في زعم الامام وهو الاصل فلا يصح الاقتداء والحاصل
ان الاقتداء مطلقا سواء كان القانت اماما او مقتديا او منفردا لا يأتي بالدعاء المختص ومنهم من يقول يجب بالقنوت
لانه شبهة القرآن فان الصحابة اختلفوا في اللهم انا نستعينك انه من القرآن اولا

باب النوافل

لما فرغ من بيان الفرض والواجب شرع في بيان السنن والنوافل وترجم الباب بالنوافل لكونها اعم واشمل وقدم السنن
على النوافل وهو في محله وابتدأ بذكر سنة الفجر لكونها اقوى قال عم صلوها ولو طردتكم الخيل او لانه بعد ذكر المواقيت
فانه قدم ذكر وقت الفجر على غيره وفي المبسوط قدم ذكر سنة الظهر لان السنة تبع للفرض واول صلوة فرضت على النبي عليه السلام
صلوة الظهر ثم اختلف بعد سنة الفجر في الاقوى فقال الحلواني سنة المغرب لان النبي عم لم يدعها في سفر ولا حضر
ثم التي بعد الظهر لكونها متفقا عليها والتي قبلها مختلف فيها ثم التي بعد العشاء ثم التي قبل الظهر ثم التي قبل
العصر ثم التي قبل العشاء وقيل التي قبل الظهر اكد من غيرها بعد سنة الفجر قيل وهو الاصح لان فيها وعيدا معروفا
قال عليه السلام من ترك اربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقال الحلواني الافضل في السنن المنزل الا التراويح لانه
فيها اجماع الصحابة رضي الله عنهم وقيل الصحيح ان الكل سواء ولا يختص التفضيل بوجه دون وجه ولكن الافضل ان يكون
بعضها الى ما جمع الاخلاص ثم ما ذكره في الكتاب واتبع وقوله والاصل فيه اي في هذا العدد المذكور قوله عم من ثابر
والمثابرة المواظبة فان السنة ما واظب عليه النبي عم مع ترك وقد راى النبي عم على ما ذكره في الكتاب يعني في المبسوط او الجامع
القدوري قوله غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر بيان ما هو المذكور في حديث المثابرة فان المذكور في الكتاب بهذا الحديث ثنتي
عشرة وقوله فلذلك سماه اي الاربع قبل العصر محمد بن الحسن في الاصل حسنا وخير بقوله وان شاء ركعتين لاختلاف الاثار
لان ابن عمر قال قال رسول الله صلعم رحم الله امرا صلى قبل العصر اربعا وعلي قال ان رسول الله عليه السلام كان
يصلي قبل العصر ركعتين قوله والافضل الاربع لانه اكثر عددا وادوم تحريمة فكان اكثر ثوابا قوله ولم يذكر اي
الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وفي كلامه تسامح لانه قال ولهذا اي لانه لم يذكر اي النبي عم الاربع
قبل العشاء كان مستحبا فجعله لعدم المواظبة علة اخرى لكونه مستحبا وهو غير صحيح ويجوز ان يقال تمام ذكره
في حديث المثابرة لعدم المواظبة وذكر فيه اي في حديث المثابرة ركعتين بعد العشاء وفي غيره اي في غير حديث المثابرة
وهو ما روي عن ابن عمر موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عم من صلى بعد العشاء اربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر
ذكر الاربع فلهذا اي فلاجل الاختلاف في الفاظ الحديث بين الاربع والركعتين خير محمد بن الحسن او القدوري بقوله
واربع بعدها وان شاء ركعتين قوله الا ان الاربع افضل خصوصا اشارة الى ما قال بعض مشايخنا ان ما ذكر
في الكتاب بقوله انه يصلي ركعتين بعد العشاء قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالافضل ان يصلي اربعا وجعل بدله
لمسئلة اخرى وهي ان صلوة الليل مثنى مثنى افضل او اربع بتسليمة واحدة عنده الاربع افضل وعندهما مثنى مثنى
وهي صحيحة لان محمدا جعل بعد صلوة الليل وما بعد من السنن المؤقتة لانه قال ان فعل فحسن والاربع قبل الظهر
واحدة عندنا لما قال النبي عم رواه ابو ايوب الانصاري ان النبي عليه السلام كان يصلي بعد الزوال اربع ركعات فقلت
ما هذه الصلوة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها ابواب السماء فاحب ان يصعد لي فيها عمل صالح فقلت افي كلهن قراءة

قال نعم فقلت بتسليمة ام بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة وقال الشافعي يؤديها بتسليمتين وهو افضل واحتج بان
ابو هريرة ان النبي عم كان يصلي بتسليمتين وروي انه عم قال صلوة الليل والنهار مثنى مثنى والجواب عن الاول
ان معنى قوله بتسليمتين اي بتشهدين من باب ذكر الحال وارادة المحل وقد روي هذا التأويل عن ابن مسعود رض وعن
الثاني بان المشهور صلوة الليل مثنى مثنى والنهار لم يثبت فنا شفع لا واحدة فيها البتيراء قال
ونوافل النهار واختلف العلماء في كمية التنفل ليلا ونهارا بحسب الاباحة والافضلية فاما الاباحة في النهار فهي ان يصلي
ركعتين بتسليمة او اربعا ويكره الزيادة على ذلك واما في الليل فان يصلي ثمان ركعات بتسليمة جاز ويكره الزيادة
على ذلك قال في النهاية لا فائدة في تخصيص ابي حنيفة بهذا الحكم لان كلا الحكمين الجواز في نافلة الليل الى الثمان بغير
كراهة والكراهة فيما وراءها اتفاق في عامة روايات الكتب وقلت يجوز ان يكون ذكر ابي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي
فانه يقول لا يزيد على اربع ولو زاد كره ذلك قوله وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة يفهم منه انه لا يزيد على
من حيث الاباحة وليس كذلك بل لا يزيد عليهما من حيث الافضلية لان الزيادة عليهما ليست بمكروهة بالاتفاق في الليل
على ما ذكرناه وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل وانما ذكر الست ودليل الكراهة ان النبي عم لم يزد على
ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز وهذا اختيار القدوري وفخر الاسلام وقال شمس الائمة الاصح انه لا يكره الزيادة
على ثمان ركعات بتسليمة روي انه عليه السلام صلى ثلث عشرة ركعة فيكون ثمانيا صلوة الليل وثلث وترا وركعتان سنة
الفجر وكان يصلي هذا كله في الابتداء ثم فضل البعض على البعض وفيه نظر لان كلامنا فيما يكون بتسليمة واحدة وليس
فيما ذكر ما يدل على ذلك واما الافضلية فذكر ان الافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى والتكرار للمبالغة
لان معنى مثنى مثنى اثنين اثنين وكلامه ظاهر قوله والتراويح تؤدى بجماعة جواب عن اعتبارهما بالتراويح فيما
فيها جهة التيسير بالقطع بالتسليم على رأس الركعتين لانه لما كان ادوم تحريمة كان اشق على الناس قوله وهي
ادوم فصلح جوابا عن حديث الشافعي وقد ذكرناه

فصل

لما فرغ من بيان الصلوات
المفروضات والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان القراءة التي يختلف وجوبها بحسب اختلاف نوع
الصلوات واعلم ان سنة القراءة في الفرائض الرباعية مختصة عندنا بين في الركعتين وقال الشافعي في الركعات
كلها وقال مالك في ثلث ركعات وقال الحسن البصري في ركعة واحدة وقال ابو بكر الاصم القراءة في الصلوة سنة
كسائر الاذكار وهو فاسد لان سائر الاذكار حين شرع شرع سنة [illegible] فيجب على كل حال وههنا وجب الجهر
بالقراءة في اكثر الصلوات بل في كلها من حيث الاصل فلو كانت سنة لكانت مخافة لان بقية التطوعات على الخفية والكمال
على انه مخالف لظاهر النص وخرق الاجماع ووجه قول الحسن ان قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن وهو لا يقتضي التكرار
ولا يلزم اركعوا واسجدوا فان التكرار فيهما لا من نفس ذلك بل بفعل النبي عم والجواب عنه القول بالموجب ونحن نسلم
ذلك لكنه لا ينافيه فيجوز ان يثبت بدليل آخر كما سنذكره ووجه قول مالك ان القراءة يجب ان تكون واجبة في جميع
[illegible] الصلوة الاجزاء لكن اقمنا الاكثر مقام الكل تيسيرا ووجه قول الشافعي الحديث وذلك لان كل ركعة صلوة
بدليل انه لو حلف لا يصلي فصلى ركعة حنث ولنا قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن على ما تقدم والامر بالفعل لا يقتضي
التكرار على ما عرف في الاصول وما ذكرتم خبر واحد فلا يعارض نص ولا يزاد عليه وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى
الحاقا بها بالدلالة لانهما اي الاولى والثانية يتشابهان من كل وجه فان قيل لا نسلم ذلك لانهما يفترقان من حيث
الثناء والتعوذ والبسملة اجيب بان ذلك امر زائد والاعتبار بالاركان فاما الاركان [illegible] وفي بعض النسخ الاخر [illegible]

وهو حسن لان الالف اذا كانت ثالثة ردت الى اصلها فى التثنية كعصوان ورحيان وان كانت رابعة فصاعدا لم تقلب الا ياء
فيقال ركانهما اى الاولين فى حق السقوط وصفة القراءة وقدرها فانه لا يضم السورة الى الفاتحة فيهما فلا يلحقان بهما قوله وللمصلى
جواب عما روى من الحديث وتقريره ان قوله لا صلوة مصدر مذكور صريحا فصار كمن حلف لا اصلى صلوة لا تكون حلفه الا يصلى
وذلك ينصرف الى الركعتين عرفا فكذا هذا فان قيل لا صلوة نكرة فى سياق النفى فيعم كل فرد من افراده لغة او شريعة لا سبيل
الى الاول لان حقيقتها لغة الدعاء وليست القراءة شرطا فى فرد من افراد الدعاء والثانى مسلم لكن الركعة الواحدة ليست
من الافراد شرعا للنهى عن البتيراء ولئن سلمنا ان نقول ايضا بموجب العلة سلمنا ان لا صلوة الا بقراءة لكن الكلام فى ان
القراءة فى الاولين بل هى قراءة فى الاخريين وهو مخير فى الاخريين معناه ان شاء قرأ فاتحة الكتاب بقيل على جهة الثناء
لا على جهة القراءة وبه اخذ بعض المتأخرين من اصحابنا وان شاء سكت مقدار تسبيحة وان شاء سبح ثلث تسبيحات كذا روى
عن ابى حنيفة وهو مأثور عن على وابن مسعود وعائشة فقد روى عنهما كانا يسبحان فى الاخريين وسأل رجل عائشة عن قراءة
الفاتحة فى الاخريين فقالت ليقرأ ولكن على جهة الثناء الا ان الافضل ان يقرأ لان النبى عليه السلام داوم على ذلك
بتركه ولا يصير واجبا فلهذا اى فلكون قراءة الفاتحة على وجه الافضلية لا يجب سجدة السهو بتركها فى ظاهر الرواية وروى
الحسن عن ابى حنيفة انه ان لم يقرأ ولم يسبح عمدا كان مسيئا وان سها عن ذلك وجب عليه سجدة السهو بتركها فى ظاهر الرواية
لان القيام فى الاخريين يخلو عن الذكر والقراءة جميعا وظاهر الرواية اصح لان الاصل فى القيام القراءة فاذا سقطت
بقى القيام المطلق فكان كقيام المقتدى ثم اعلم ان المصنف قال ان اولا الفصل القراءة واجبة فى الركعتين ثم نقل
الاولين لانها فرض فى ركعتين لا باعيانها ان شاء قرأ فى الاولين وان شاء قرأ فى الاخريين وان شاء فى الاولى
والرابعة وان شاء فى الثانية والثالثة والافضل ان يقرأ فى الاولين وان شاء قرأ فى الاولين وقال فى خلاصة الفتاوى
واجبات الصلوة عشرة وذكر منها تعيين القراءة فى الاولين قوله والقراءة واجبة فى جميع ركعات النفل ظاهر قوله ولهذا
اى ولكون كل شفع منه صلوة على حدة لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان وان نوى اكثر من ذلك فى المشهور من اصحابنا فقيد
بالمشهور احترازا عن قول ابى يوسف ولا على ما سيأتى قوله ولهذا اى ولان القيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة قالوا يستفتح
فى الثالثة اى يقرأ سبحانك اللهم وبحمدك كما فى الابتداء واستشكل هذا على قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله فانهما
ترك القعدة الاولى فى التطوعات فلو كان كل شفع منها صلوة على حدة لما جازت تلك الصلوة لترك القعدة الاخيرة التى
هى فرض والجواب انه وجه القياس وهو قول زفر ورواية عن محمد وفى الاستحسان لا يفسد لان الفرض هو القعدة الاخيرة
واذا قام الى الثالثة وهو مشروع بالاجماع اشبه صلوة بين صلوة الفجر من حيث ان كل شفع منها صلوة على حدة وصلوة الظهر من
حيث ان الاربع مشروع كالركعتين وقد دخل فى الشفع الثانى فبالنظر الى الشبهة الاولى يفسد صلوته لانه ترك القعدة التى
وهى فرض وبالنظر الى الثانى لا يفسد لان القعدة التى وكلت الاخيرة فلا يفسد بالشك ويؤمر بالعود الى القعدة ما لم
يسجد نظرا الى الشبه الاول ولم يؤمر بعد السجود لتمكن الشبه الثانى به واوجبنا القراءة على كل حال لانها ركن مقصود
بنفسها واما القعدة فانما شرعت للتحليل وللفصل بين الشفعين فاعتبرنا فيها رعاية الشبهين وفيه يدفع وجوب القراءة
فى جميع ركعات الوتر فان القراءة فى الصلوة ركن مقصود لعينها وكونه فرضا ثبت بالسنة ففيه احتمال النفلية فيجب القراءة
فى الجميع احتياطا قال ومن شرع فى نافلة ثم افسدها قضاها يعنى المسئلة المشهورة فان الشروع فى النفل صلوة كان
او صوما ملزم عندنا خلافا للشافعى والعلماء اوردوا هذه المسئلة فى كتاب الصوم لان الاثار التى يحتج بها من الجانبين انما
وردت فيه لكن الشيخ ابا الحسن القدورى لما رأى حكم المسئلة فيهما واحدا اوردها فى كتاب الصلوة وتابعه المصنف فقال

المتنفل

المتنفل متبرع فيه اى فى فعله وهو واضح ولا لزوم على المتبرع لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل كمن شرع فى صلوة
النفل ناويا اربعا فصلى ركعتين كان مخيرا فى الشفع الثانى والجواب انه لا لزوم على المتبرع قبل شروعه او بعده
والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى غير مسلم والاية محمولة على الاول وقد بينا ان كل شفع من التنفل صلوة على حدة
فلم يوجد الشروع فى الشفع الثانى حتى يكون ملزما ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الى ما يستحقه وكل ما وقع قربة لزم
اتمامه ضرورة صيانة عن بطلان حق الغير قال الله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم فان قيل المؤدى لا يخلو اما ان يكون عبادة
او لا فان كان الاول فلا حاجة الى الاتمام الباقى لان المشروع فيه عبادة وصلت الى مستحقها وان كان الثانى فلا وجه
للتسليم اليه والجواب انه عبادة حتى لو مات اثيب عليه ولئلا يلزم تركب الشئ من منافيه والاتمام الباقى لانه التنم
عبادة من صوم او صلوة مثلا لا يكون كذلك الا بالاتمام الباقى لانه بهذا الاعتبار غير متجز قوله وان صلى اربعا اى شرع
فى الصلوة ناويا اربعا وقرأ فى الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين يعنى الشفع الثانى لان الاول
قد تم والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة فيكون ملزما اذا كان الافساد بعد الشروع فيهما بالقيام الى الثالثة واما
اذا كان قبل القيام الى الثالثة فلا يجب عليه قضاء شئ وعن ابى يوسف انه يقضى اعتبارا بالنذر وذلك لان نية
الاربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع فيلزم القضاء كما اذا نذر فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو
النذر ولهما ان الشروع سبب لوجوب ما شرع فيه وهى الركعة الاولى ولوجوب ما لا يصح ما شرع فيه الا به وهو الركعة الثانية
لان البتيراء منهى عنها فاما الشفع الثانى فليس ما شرع فيه لانه الفرض ولا ما توقف صحة ما شرع فيه عليه فلا يكون
واجبا بالشروع فى الشفع الاول وما لا يكون واجبا لا يجب قضاؤه وظهر من هذا ان النية لم تقارن سبب الوجوب
وهو الشروع لان الفرض انه لم يشرع بخلاف النذر فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب فيلزم القضاء والا فساد
وعلى بجانبه الظهر فان افسد الاخريين قبل الشروع فيهما فعند ابى يوسف وعندهما لا يقضى وقيل يقضى اربعا
احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة حتى ان الزوج اذا خير امرأته وهى فى الشفع الاول من هذه الصلوة فاجزت بشفعة
لها فاقت اربعا لا يبطل خيارها ولا شفعتها بخلاف سائر التطوعات قال وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن
هذه المسئلة تلقب بمسئلة الثمانية والوجوه الاتية فيه ستة عشر وجها لانه قرأ فى الجميع ترك فى الجميع ترك فى الشفع الاول
ترك فى الشفع الثانى ترك فى الركعة الاولى ترك فى الثانية ترك فى الثالثة ترك فى الرابعة ترك فى الشفع الاول والركعتين
الثالثة ترك فى الاولى والرابعة ترك فى الركعة الاولى والشفع الثانى ترك فى الثالثة والثانى ترك فى الركعة الاولى والثالثة
ترك فى الاولى والرابعة ترك فى الثانية والثالثة ترك فى الثانية والرابعة فهذه ستة عشر وجها والمصنف ترك الوجه الاول
لان الكلام فى اقسام الفساد بترك القراءة والتى يقرأ فى جميعها ليست منها وتداخلت منها سبعة اوجه فى البواقى لاتحاد
الحكم فعادت ثمانية فعليك بتمييز المتداخل بالتفتيش فى الاقسام المذكورة والاصل فيما ذكر ان عند محمد ترك القراءة
فى الاوليين او فى احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال لكونها وسيلة اليها والافعال قد فسدت بترك القراءة
بالاجماع وعند ابى يوسف ترك القراءة فى الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة لانه يوجب فساد الاداء لا بطلان التحريمة
الاداء لا يزيد على ترك الاداء بعد التحريمة بان لم يات بالاركان حال كونه منفردا او خلف الامام او سبقه الحدث فذهب
ليتوضأ وترك الاداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده وعندنا انا قلنا ان ترك القراءة يوجب فساد الاداء لا بطلانه لانها
زايد بدليل انه للصلوة وجود بدونها من المقتدى والاخرس والامى والركن الاصلى ليس كذلك فاذا كان ركنا زايدا
يؤثر فى ذاته اصل الصلوة حتى يصير باطلة وانما يؤثر فى الاداء صفتها وهى صحة الاداء وعملا بعقد الدليل فساد فاسد

فان قيل سلمنا انه اوجب الفساد وان الفساد لا ينفك عن تركه وان الترك لا يبطل التحريمة ولكن ما ذكرتم تاخير لا ترك
فلا يكون مفيدا اجيب بان هذا ترك قبل اشتغاله بالاداء وانما يعرف كونه تاخيرا اذا اشتغل بالاداء قبل
اشتغاله به فيصح اطلاق اسم الترك عليه وفيه نظر لان للخصم حينئذ ان يقول لا نم ان الفساد لا يزيد على شيء هذا
الترك فان قيل الفرق بين الكلام والحدث العمد وبينه حيث يبطلان التحريمة دونه اجيب بانهما محظوران فيتحقق
ارتكابهما بقطع التحريمة لانه يمنع انعقادها في الابتداء فيجوز ان يقطعها بعد الصحة بخلاف ترك القراءة فان ليس
حسنا ذلك لكن انتفاء الركن وهو ما يقوم به الشيء بالزيادة ليس بكلام محصل فالجواب اقرنا في التقرير
ان يسبق اليه فعليك بتحصيله فان كثيرا من خصوم اصحابنا وبعض اصحابنا المتاخرين ايضا انكروا هذه العبارة
وعند ابي حنيفة رح ان ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب اما الاول فلان كل
شفع من التطوع صلوة على حدة فكان ترك القراءة فيه اخلاء للصلوة عن القراءة فيكون فاسدا فيجب قضاؤه
وبطل تحريمتها واما الثاني فكان القياس فيه مثل الاول كما لو تركها في احدى ركعتي الفجر لكن فساد الصلوة بترك القراءة
في ركعة واحدة مجتهد فيه لم يقل به الحسن البصري متمسكا بما هو دليل على ما تقدم فقضينا بالفساد في وجوب القضاء
كما في الفجر وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا في كل واحد من الحكمين فان قيل فساد الصلوة
بتركها في الركعتين ايضا مجتهد فيه لان ابا بكر الاصم لا يقول بفساده اجيب بان ذلك خلاف والخلاف
يكون بغير دليل لا اختلاف لكونه مخالفا للدليل القطعي وهو قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن قوله ولذا
ثبت هذا يعني الاصل المذكور ظهر بعض اشياء يتبنى عليها وهو قوله فعليه قضاء الاخريين لا غير يعني اذا قعد بينهما
واما اذا لم يقعد فعليه ان يقضي اربعا لما ان الفساد في الشفع الثاني يسري الى الاول اذا لم يقعد بينهما وقد تقدم
قوله لم يصح الشروع في الشفع الثاني يعني انه لا يكون مصليا في الشفع الثاني حتى لو اقتدى به انسان في الشفع الثاني
لم يصح اقتداؤه ولو قهقه لم ينتقض طهارته قوله ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين قضى اربعا في
يعني اربعا وانما قال وكذا عند ابي حنيفة اشارة الى انه ليس باتفاق بينهما بل انما هو قوله على رواية محمد وهي
اصاب تحريم كما ترى وعند محمد رح يقضي ركعتين بناء على اصله ان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في احدى الاوليين
وابو يوسف ايضا مر على اصله ان التحريمة باقية فصح الشروع في الشفع الثاني واما ابو حنيفة فقد جرت محاورة بين ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله في مذهبه حين عرض عليه الجامع الصغير فقال ابو يوسف رويت لك عنه ان عليه قضاء ركعتين
وقال محمد بل رويت لي عنه ان عليه قضاء اربع ركعات والاصل المذكور يساعد محمدا واعتذر لابي يوسف بان ما
هو قياس مذهب ابي حنيفة لان التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع
فيه وقوله قال يعني محمدا رح وتفسير قوله عم لا يصلى بعد صلوة مثلها اورده بعد ذكر ان القراءة واجبة في جميع
ركعات النفل وما ترتب على ذلك من المسائل الثمانية دليلا على ذلك بما اول اليه من قوله يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير
قراءة وانما حمل على هذا لانه ثبت خصوصه بالاجماع فان الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض ويصلي اربعا قبل الظهر
ثم الفرض بعده فيحتاج الى تاويل على وجه مستقيم وهو ما ذكره ومن مشايخنا من قال المراد به النهي عن تكرار
الجماعات في المساجد وهو حسن ويكون حجة على الشافعي واستشكل قول الحسن فيكونه بيان فرضية القراءة في ركعات
النفل كلها بانه خبر الواحد فكيف يفيد الفرضية ولئن كان مشهورا فهو ما قلنا ذكرنا ولئن قيل انه بيان لمجمل الكتاب
فصار كخبر المسح لا يستقيم ايضا لان نص القراءة ليس بمجمل اذ لو كان مجملا كان قوله الفاتحة فرضا واجيب بانه

قال

ما لبيان الفرضية ويجوز ان يكون الفرضية ثابتة بقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن على ما تقدم والحديث لبيان انها
فرض في التطوع بكل ركعة قال ويصلي النافلة قاعدا يجوز للقادر على القيام ان يصلي النافلة قاعدا لقوله
عليه السلام صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم سماه صلوة ولا يخلو اما ان يكون المراد ما كان بعذر او بغيره ولا
سبيل الى الاول لان ذلك وصلوة القائم سيان في الثواب فتعين ان يكون بغير عذر ولا يخلو اما ان يكون المراد به
الفرض او التطوع لا سبيل الى الاول بالاجماع فتعين الثاني ولانه خير موضوع اي مشروع لك ومرفوع عنك لكونه
غير واجبة وما كان بهذه المثابة لا يشترط فيه ما قد يفضي الى تركه لان ما يفضي الى ترك الخير لا يكون خيرا والقيام
قد يفضي الى ذلك لانه ربما يشق على المصلي فلا يشترط فيه كيلا ينقطع بسببه عن الخير واختلفوا في كيفية
القعود روى محمد عن ابي حنيفة انه يقعد كيف شاء لانه لما جاز له ترك اصل القيام فترك صفة القعود اولى وعن
ابي يوسف رح انه يحتبي لان عامة صلوة رسول الله عم في آخر عمره كان محتبيا وعن محمد انه يتربع لانه اعدل
وعن زفر انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد وهو الذي اختاره الفقيه ابو الليث وشمس الائمة السرخسي ما لم يتعمم
لانه عهد مشروعا في الصلوات وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رح وهو استحسان وعندهما
لا يجوز وهو قياس لان الشروع عندنا معتبر بالنذر في الالزام ولو نذر ان يصلي قائما لم يجز ان يصلي قاعدا
فكذا اذا شرع قائما ولابي حنيفة رح ما تقدم ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا يصح بدونه ما شرع فيه الا بركعة
الثانية وههنا ما شرع فيه هو الركعة الاولى قائما صحيحة بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر فلا يكون
الشروع في الاولى قائما موجبا للقيام في الثانية بخلاف النذر لانه التزم القيام نصا بتسميته فيلزم حتى لو
لم ينص على القيام في نذره لم يلزمه القيام عند بعض المشايخ قال الفقيه ابو جعفر الهندواني لا رواية فيما اذا
نذر ان يصلي صلوة ولم يقل قائما او قاعدا ماذا يجب قائما او قاعدا ثم اختلف المشايخ قال الامام فخر الاسلام
لا يلزمه القيام لانه في النفل شرط زائد فلا يلزمه الا بالشرط وقال بعضهم يلزمه قائما لان ايجاب العبد معتبر
بايجاب الله تعالى وانما اوجبها الله تعالى قائما وفي قوله حتى لو لم ينص الى آخره نظر لانه لا يستقيم
في الاستدلال على قول ابي حنيفة اخذ قول من خرج عنه بازمنة كثيرة واعلم ان الدليل المذكور في الكتاب يفيد
انه لو قعد في الركعة الاولى بعد افتتاحها قائما لا يجوز لان الشروع يلزم ما باشر وما باشر الا قائما
وذكر في الفوائد الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال المتطوع في الابتداء كانت له الخيرة بين الافتتاح
قائما وبين الافتتاح قاعدا فكذلك في الانتهاء بالطريق الاولى لان حكم الاستدامة اخف بدليل ان الامام
لا يجوز له انشاء الجمعة بلا جمع ويجوز البقاء وفيه نظر لان كون البقاء اسهل من الابتداء من المسائل التي
لا نزاع فيه لكن عارضه اصل آخر وهو ان الشروع فيما باشر يلزمه قوله ومن كان خارج المصر يتنفل
على دابته يعني حيث ما كان بعذر او بغيره توجه عند افتتاح الصلوة الى القبلة او لم يتوجه لاطلاق المروي
لا فرق بين ان يكون على دابته في موضع جلوسه او في ركابيه نجاسة اولا لان الركوع والسجود اذا سقطا
كونهما ركنين فلان يسقط طهارة المكان وهو شرط اولى وفيه نظر لانه يستلزم جوازها بلا وضوء وهو باطل
ولا يلزم من سقوط الشيء الى خلف سقوطه لا الى خلف لا مكان ما قال محمد بن مقاتل وابو حفص الكبير رحمهما الله اذا
كانت النجاسة في موضع الجلوس او الركابين اكثر من قدر الدرهم لا يجوز الصلوة وهو القياس اعتبارا للصلوة
على الدابة بالصلوة على الارض وان كانت عامة المشايخ على الجواز المتقدم وما في الكتاب اظهر قوله اما القراءة

مخصصة بوقت اشارة الى ان الفريضة لا تجوز على الدابة فلا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة الا من عذر كخوف اللص
والسبع وطين المكان وكون الدابة جموحا وكون المسافر شيخا كبيرا لا يجد من يركبه قوله ينزل لسنة الفجر قال
ابن شجاع يجوز ان يكون هذا بيان الاولى يعني ان الاولى ان ينزل لركعتي الفجر وقوله ينفي اشتراط السفر
اشارة الى ما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان جواز التطوع على الدابة للمسافر خاصة لان الجواز
بالايماء للضرورة ولا ضرورة في الحضر والصحيح ان المسافر وغيره سواء بعد ان يكون خارج المصر واختلف
في مقدار البعد عن المصر والمذكور في الاصل مقدار فرسخين وقدره بعضهم بالميل ومنع الجواز في اقل منه
قوله وللجواز بالنصب معطوف على قوله اشتراطا فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في الشق
دون الروايات وذكر في الهارونيات ان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز التطوع على الدابة في المصر لان النص ورد
خارج المصر بخلاف القياس والمصر ليس في معناه لان السير على الدابة فيه لا يكون مديدا عادة فرجعنا
فيه الى القياس وعن ابي يوسف رحمه الله لا بأس به لما روي ان النبي عليه السلام ركب حمارا في المدينة يعود سعد بن عبادة
وهو يصلي عليه وحكي ان ابا يوسف احتج به على ابي حنيفة رحمه الله فلم يرفع رأسه قيل انما لم يرفع رأسه رجوعا
منه الى الحديث وقيل بل هذا حديث شاذ فيما تعم به البلوى فلا يكون حجة ومحمد جوزه بالحديث لكنه كره لان
اللغط يكثر في المصر فلا يؤمن من الغلط في القراءة ومن افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة نازلا
ثم ركب يستقبل وانما قيد بقوله صلى ركعة بطريق الاتفاق فانه لو لم يصل ركعة فالحكم كذلك وتقرير
دليله محتاج الى تقديم مقدمة هي ان بناء بعض الصلوة على بعض انما يجوز اذا كانا متساويين او كان المبني عليه اقوى
واما اذا لم يكونا كذلك فلا يجوز واذا ظهر هذا فاحرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول
بلا مبطل فكان ما صلى بالايماء وهو راكب وما يصلي بعد النزول بالركوع والسجود موجبي تحريمة واحدة فجاز
بناء احدهما على الاخرى فاذا اتى بها اي بالركوع والسجود صح واحرام النازل لم ينعقد الا موجبا للركوع
والسجود لانه لا يقدر على الركوب بلا مبطل لكونه عملا كثيرا فلا يكون ما صلى نازلا بركوع وسجود وما يصلي
بعد الركوب بايماء موجبي تحريمة واحدة فلا يجوز بناؤه عليه لا يقال القدرة على الركوب بعد الافتتاح
من غير مبطل ممكن بان يرفعه شخص ويضعه في السرج فصار الا ان الاقتدار على الشيء في التكليف انما يعتبر
بقدرة المكلف لا بقدرة غيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه يستقبل اذا نزل ايضا لان في البناء بناء القوي
على الضعيف وهو لا يجوز كالمريض اذا قدر في خلال الصلوة على الركوع والسجود فانه يستقبل لئلا يلزم
بناء القوي على الضعيف والجواب بالفرق المتقدم فان احرام المريض العاجز عن الركوع والسجود
لم يتناولهما لعدم القدرة عليهما فصار كاحرام النازل فلا يجوز بناؤه لما لم يتناوله بخلاف الراكب اذا
نزل وكان هذا من باب تخصيص العلل فمن جوزه فلا كلام ومن لم يجوز يلتجئ الى الخلوص المعلوم في اصول الفقه
وعن محمد اذا نزل بعدما صلى ركعة يستقبل لانه صار مصليا فلا يبني القوي منه على الضعيف واما اذا لم
يركع ويسجد فتحريمة وهي شرط والشرط المنعقد للضعيف شرط للقوي ايضا كالطهارة للنفل طهارة للفريضة
فليس فيها بناء قوي على ضعيف والاصح هو الظاهر وهو ان الراكب اذا نزل يبني والنازل اذا ركب يستقبل لما ذكرنا

فصل في قيام شهر رمضان

ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها بما ليس لمطلق
النوافل من الجماعة وتقدير الركعات وسنة الختم وسمي قيام رمضان اتباعا للفظ الحديث قال عليه السلام ان
الله تعالى فرض عليكم صيامه وسننت لكم قيامه والترويحة اسم لكل اربع ركعات فانها في الاصل ايصال الراحة
وهي الجلسة ثم سميت الاربع ركعات في آخرها الترويحة قوله ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة يعني في حق
الرجال والنساء وفيه نظر لانه قال يستحب ان يجتمع الناس وهذا يدل على ان اجتماع الناس مستحب وليس فيه دلالة
على ان التراويح مستحبة والى هذا ذهب بعضهم فقال التراويح سنة والاجتماع مستحب قوله لانه واظب عليها
الخلفاء الراشدون انما يدل على سنيتها لقوله عليه السلام عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي فان قيل
لو كانت سنة لواظب عليها النبي عليه السلام ولم يواظب اجاب بانه بين صلى الله عليه وسلم العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان تكتب
علينا روي انه عليه السلام خرج ليلة من ليالي رمضان وصلى عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس فخرج وصلى
بهم عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس فلم يخرج وقال عرفت اجتماعكم لكني خشيت ان يكتب عليكم
فكان الناس يصلونها فرادى الى زمن عمر فقال عمر رضي الله عنه اني ارى ان اجمع الناس على امام واحد فجمعهم على ابي بن كعب
فصلى بهم خمس ترويحات عشرين ركعة وقوله والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة كان من حقه
ان يقول والمستحب في الانتظار بين الترويحتين لانه استدل بعادة اهل الحرمين على ذلك واهل الحرمين لا يجلسون
فان اهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين اسبوعا واهل المدينة يصلون بدل ذلك اربع ركعات واهل كل بلدة
بالخيار يسبحون او يهللون او ينتظرون سكوتا وانما يستحب الانتظار بين كل ترويحتين لان التراويح مأخوذة
من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للمسمى واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وهو نصف التراويح
وليس بصحيح اي مستحب قوله وبه اي بان وقتها بعد العشاء وقبل الوتر قال عامة المشايخ فان صلاها قبل العشاء
او بعد الوتر لا يكون تراويح لانها عرفت بفعل الصحابة فكان وقتها ما صلوا فيها وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر
وذهب متأخروا مشايخ بلخ الى ان جميع الليل الى طلوع الفجر قبل العشاء وبعده وقتها لانها سميت قيام الليل والصحيح
ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء فلو صلى قبل العشاء لا يكون تراويح ولو صلى
بعد الوتر جاز وقوله ولم يذكر قدر القراءة ظاهر وقال بعضهم يقرأ في كل شفع مقدار ما يقرأ في صلوة المغرب
لان التطوع اخف من المكتوبة فيعتبر باخف المكتوبات قراءة وقال بعضهم يقرأ مقدار ما يقرأ في العشاء
لانها تبع لها وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يقرأ في ركعة عشر آيات وهو الصحيح لان فيه تخفيفا على الناس
ويحصل به السنة لان عدد الركعات في ثلثين ليلة ستمائة وآيات القرآن ستة آلاف وشيء فاذا قرأ في كل ركعة
عشر آيات يحصل الختم قوله بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات يعني ان علم ان قراءتها تثقل على القوم يترك الدعوات
ان يأتي بالصلوات لكونها فرضا عند الشافعي رحمه الله فيحتاط في الاتيان وقوله ولا يصلي الوتر بجماعة ظاهر واما الوتر
بجماعة في رمضان فهو افضل لان عمر رضي الله عنه كان يؤمهم في الوتر وذكر ابو علي النسفي ان علماءنا اختاروا ان
يوتر في رمضان في منزله ولا يوتر بجماعة لان الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كاجتماعهم على التراويح
فان ابي بن كعب ما كان يؤمهم فيها ويصح التراويح بمطلق النية وبنية التراويح او سنة الوقت افضل

باب ادراك الفريضة

لما فرغ من بيان الفرائض والواجبات والنوافل شرع في بيان الاداء الكامل وهو الاداء
بالجماعة ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت اي شرع الامام في الصلوة فيصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان لان
البتيراء منهي عنها ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة كما لو شرع في الظهر ثم اقيمت الجمعة فان قيل كيف يجوز
ابطال صفة الفرضية لاقامة السنة اجيب بان النقض ليس لاقامة السنة بل لاقامة الفرض على وجه اكمل فان النقض

لا الاكمال كهدم المسجد للبناء وللصلوة بالجماعة فضل على المنفرد بسبع وعشرين درجة فيجوز النقض لادراك
ذلك فان قيل كيف يستقيم هذا على مذهب محمد فان الاصل عنده ان صفة الفرض اذا بطلت بطل اصل الصلوة
على ما ياتى فلا يكون المؤدى مصونا عن البطلان اجيب بان ذلك مذهبه فيما اذا لم يمكن من اخراج نفسه عما
هو فيه بالمضى فيها كما اذا قيد الخامسة بالسجدة وهو لم يقعد فى الرابعة وههنا يمكن من ذلك وفرق بينهما بان ابطال
صفة الفرضية لاحراز الجماعة باطلاق من الشرع لانه جاز قطعها لحطام الدنيا حتى قيل لاجل الدرهم فلان يجوز
لاحراز الفضيلة اولى بخلاف ابطالها فى تلك الصلوة فانه ليس باطلاق من الشرع وان لم يقيد الاولى بالسجدة
يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح واليه مال فخر الاسلام لانه بمحل الرفض يعنى لو لم يرد الرفع فى الجملة ما لم يقيد
بالسجدة الا ترى ان من قام الى الخامسة ولم يقعد على الرابعة يرفض الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة فالقطع للاكمال
بخلاف ما اذا كان فى النفل لانه ليس للاكمال ولو كان فى السنة قبل الظهر او السنة قبل الجمعة فاقيم للظهر او خطب الامام
لف ولم يستقيم فيقطع على راس الركعتين احرازا لفضيلة الجماعة يروى ذلك عن ابى يوسف وقد روى نحو الجمعة
عن ابى حنيفة فى النوادر وقيل يتمها وقيل لان الاربع قبل الظهر بمنزلة صلوة واحدة كما تقدم وان كان قد صلى
ثلثا من فرض الظهر يتمها لان الاكثر حكم الكل فيثبت بشبهة الفراغ ولو ثبت حقيقته لم يحتمل النقض فكذا اذا
ثبت شبهته بخلاف ما اذا لم يقيد الثالثة بالسجدة لانه بمحل الرفض كما مر فيقطعها واذا اراد القطع هو الجالس الا
شاء عاد وقعد وسلم ليكون خروجه من صلوته على الوجه المشروع ثم اختلفوا بل يتشهد ثانيا او لا فقيل يتشهد
لان القعدة الاولى لم يكن قعدة ختم وقد صارت فيتشهد وقيل يكفيه التشهد الاول لان بالعود الى القعدة
ارتفض القيام وجعل كانه لم يوجد اصلا فكانت هذه القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها ويسلم تسليمتين عند
بعضهم لانه المعهود فى التحلل وقيل تسليمة واحدة لان التسليمة الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه وان شاء
كبر قائما ينوى الدخول فى صلوة الامام لانه مسارعة الى ادراك الفريضة وقال شمس الائمة الحلوانى
لو لم يعد الى القعدة فسدت صلوته وهو المذكور فى النوادر واختار شمس الائمة السرخسى لان القعدة
الموداة لم يقع فرضا وركعة ملقاة انكشفت فلما لم يكن له بد من القعدة المفروضة وقال فخر الاسلام الاصح
ان يكبر قائما لانه يتم صلوته فاذا كبر قائما ينوى الشروع فى صلوة الامام ينقطع الاولى فى ضمن شروعه فى
صلوة الامام ثم هو مخير ان شاء دفع بين وان شاء لم يرفع **قوله** واذا اتمها معطوف على قوله يتمها **قوله**
ويدخل مع القوم والداخل ليس بختم لان الذى يصلى معهم نافلة ولا الزام فيها والافضل الترك لانه فى وقت
مشروع ويندفع عنه تهمة انه ممن لا يرى الجماعة فان قيل اليس اداء النفل مع الجماعة خارج رمضان وهو مكروه
اجيب بان الكراهة اذا كان الامام والقوم متنفلين واما اذا كان الامام مفترضا فلا كراهة وروى ان رسول
الله عم فرغ من الظهر فرأى رجلين فى آخر باب الصفوف لم يصليا معه فقال على بهما فاتى بهما وفرائصهما ترعد
فقال على رسلكما فانى ابن امرأة كانت تأكل القديد ثم قال ما لكما لم تصليا معنا فقالا كنا صلينا فى رحالنا
فقال عم اذا صليتما فى رحالكما ثم اتيتما صلوة قوم فصليا معهم ولتجعلا صلوتكما معهم سبحة اى نافلة قال
فان صلى من الفجر ركعة كلامه واضح **قوله** وظاهر الرواية احتراز عما روى عن ابى يوسف انه يصلى اربعا
لتشابه الامام وركعتين بعدما فرغ الامام لان مخالفة الامام بعد فراغه لا تمنع والوقت وقت اداء كالمقيم اذا اقتدى بالمسافر
وكالمسبوق فانهما يقضيان بعد فراغ الامام ولكن استحسن الظاهر انهما منفصلان ذلك لا داء بالتحقيق وفيما نحن فيه

بنقطع ما لم والاول اقوى ولا يلزم من جواز المخالفة لامر قوى جوازها لامر ضعيف **قوله** ومن دخل مسجدا قد اذن فيه
فيه تفصيل وذلك ان من دخل مسجدا قد اذن فيه فاما ان يكون قد صلى او لم يصل فان لم يصل فاما ان يكون مسجد
حيه او لا فان كان كره له ان يخرج قبل الصلوة لان المؤذن دعاه ليصلى فيه وان لم يكن فان صلوا فى مسجد حيه
فكذلك لانه صار بالدخول فيه من اهله وان لم يصلوا فيه فهو يخرج لان يصلى فيه لا باس به لان الواجب عليه ان
يصلى فى مسجد حيه وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا باس بالخروج الى آخر ما ذكره فى الكتاب وهو
واضح **قوله** يصلى ركعتى الفجر عند باب المسجد اما انه يصلى وان كان يفوته الجماعة فقد فاتت لان سنة الفجر من اقوى
السنن وافضلها قال عم صلوها وان طردتكم الخيل وقال عم ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وادراك ركعة من
الفجر كادراك الكل قال عم من ادرك ركعة من الفجر فقد ادرك الصلوة فكان الجمع بين الفضيلتين واما انه
يصلى عند باب المسجد فلانه لو صلاها فى المسجد كان متنفلا فيه عند اشتغال الامام بالفريضة وهو مكروه وان لم
يكن على باب المسجد موضع للصلوة يصليها فى المسجد خلف سارية من سوارى المسجد واشد كراهة ان يصليها
مخالطا للصف مخالفا للجماعة والذى يلى ذلك خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف والوقت المستحب
قيل كما طلع الفجر ليحمد السبب وقيل يقرب من الاذان لانها تبع له **و قوله** وان خشى فوتهما يشير الى انه
كان يرجو ادراك القعدة يدخل مع الامام وحكى عن الفقيه ابى جعفر انه على قول ابى حنيفة وابى يوسف يصلى
ركعتى الفجر لان ادراك التشهد عندهما كادراك الركعة اصله مسئلة الجمعة والفقيه اسماعيل الزاهد كان يقول
يشرع فى السنة فيقطعها ويدخل مع القوم حتى يلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر ونقض الامام
السرخسى بان ما وجب بالشروع ليس باقوى مما وجب بالنذر وقد نص محمد ان المنذور لا يؤدى بعد الفجر
قبل الطلوع وبان هذا امر بالافتتاح على قصد ان يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا واقول ان اراد الفقيه
يقول بعد الفجر قبل طلوع الشمس فالتزييف متجه وان اراد بعده فلا والقصد للقطع نقض للاكمال فلا باس به
قوله لان ثواب الجماعة اعظم لما روى انه عم قال الصلوة بجماعة افضل من صلوة الفذ بسبع وعشرين درجة
قوله والوعيد بالترك الزم يريد به ما روى انه عم قال لقد هممت ان استخلف من يصلى بالناس وانطلق الى من يتخلف عن
الجماعة فآمر بعض الفتيان بان يحرقوا بيوتهم **قوله** فى صلوة التراويح بينهما حال خوف فوت كل منهما وحال خوف فوت
البعض **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه لا يقضيهما وهذا غير سديد لانه عم قضاهما لا وقع قبل الظهر
فقضاها بعده بعد رواية عائشة رض **قوله** ولا كذلك سنة الفجر يعنى لا يكون اداؤها بعد الفرض بحصل الفرق **قوله**
هو المروى عن رسول الله صلعم يعنى قوله ولو طردتكم بالصلوة ولا تحملوا فوتها وما روى ان جميع سنن رسول الله
ومن كان فى بيته **قال** واذا فاتته ركعتا الفجر وعن فاته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس
لانه يبقى نفلا مطلقا اذ السنة ما اداها رسول الله عم ولم يثبت انه اداها فى هذا الوقت على الانفراد انما قضاهما
تبعا للفرض غداة ليلة التعريس وليس الكلام فيه وسواء النفل المطلق يكره بعد الصبح **قوله** وكذا بعد ارتفاعها
عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد احب الى ان يقضيهما قبيل لا خلاف بينهم فى الحقيقة لانهما يقولان ليس عليه
القضاء وان فعل فلا باس به ومحمد يقول احب الى ان يقضى وان لم يفعل فلا شىء عليه ومنهم من حقق
فجعل الخلاف فى انه لو قضى كان نفلا مبتدأ او سنة **قوله** لاختصاص القضاء بالواجب لان القضاء تسليم مثل الواجب
بالامر وكلامه واضح **قوله** وفيما بعده اختلاف المشايخ اى مشايخ ما وراء النهر فقال بعضهم يقضيهما تبعا فلا

والحديث ورد مقضيا تبعا للفرض فيبقى ما وراء
على الاصل انما يقضى تبعا له وهو يصلى بجماعة
او وحده الى وقت الزوال

مقصودا وقال بعضهم لا يقضيها مطلقا لان النص ورد في الوقت المهمل على خلاف القياس فلا يقاس عليه وقت فرض اخر
قبل وهو الصحيح **قوله** واما سائر السنن سواها اي سوى سنة الفجر وفي بعض النسخ سواهما اي سوى ركعتي
الفجر لا يقضي بعد الوقت وحدها وفي قضائها تبعا للفرض اختلاف المشايخ قال بعضهم يقضيها لانه كم من شيء
يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وفيه نظر لان مثل هذا يسمى تبعا لا ضمنا وقال بعضهم لا يقضيها لاختصاص
القضاء بالواجب وهو الصحيح **قوله** ومن ادرك من الظهر ركعة من ادرك ركعة من الصلوة الرباعية ولم يدرك الثلث
لم يصل تلك الصلوة بجماعة باتفاق من اصحابنا رحمهم الله ولم يدرك فضيلة الجماعة اي ما وجد فيها ثواب صلوة
صليت بجماعة باتفاق ايضا بينهم وعلى هذا يكون تخصيص قول محمد بادراك فضل الجماعة غير مفيد واجيب
عن ذلك بانه انما خصه لدفع ما عسى يتوهم على قوله في الجمعة ان من ادرك الامام في التشهد فيهما يدرك الجمعة
فيتوهم ايضا ان لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسئلة لانه مدرك الاقل وكما ان ادراك الاقل جعل ادراك
الجمعة جعله ادراك فضيلة الجماعة فدفع هذا الوهم بتخصيصه بالذكر ولهذا تفريع على ذلك بالاتفاق قال
في الجامع اذا قال لعبده حرّ ان صلى الظهر بجماعة فسبق ببعضها لم يحنث لانه لم يصل الكل معهم لانفراده بالبعض
ولو قال ان ادركت الظهر حنث وان ادركهم في التشهد لان المدرك لآخر الشيء مدرك لذلك الشيء فلما كان
مدركا للجماعة بادراك ركعة كان مدركا لثوابها **قال** ومن اتى مسجدا قد صلى فيه اذا فاتته الجماعة رجلا
ودخل في مسجد قد صلى فيه اي فاتت الجماعة او اراد الصلوة المكتوبة في مسجد بيته فلا بأس بان يتطوع قبل
المكتوبة بما بدا له من السنن الرواتب وغيرها ما دام في الوقت سعة اما اذا لم يكن يبدأ بالمكتوبة لئلا يفوته
الفرض عن وقته قيل هذا اي قول محمد لا بأس بان يتطوع انما هو في غير سنة الظهر والفجر لان التطوع قبل العصر
والعشاء مندوب اليه والتارك منه يتخير بين اتيانه وتركه فاذن لا بأس بالتطوع قبلها واما التطوع قبل
الفجر والظهر فآكد من ذلك لان لهما زيادة مزية قال عم صلوها وان طردتكم الخيل والامر للندب بدليل
التأكيد بقوله وان طردتكم الخيل وقال عم من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وهو وعيد عظيم ودلالة
على كادة الاربع اقوى من الاول وهذا قول فخر الاسلام وشمس الائمة السرخسي وصاحب المحيط وقاضي خان
والزرناتي والمحبوبي رحمهم الله وقيل هذا اي قول محمد لا بأس بان يتطوع في الجميع لقوله لانه صلى الله عليه وسلم
انما واظب عليها عند اداء المكتوبات بجماعة ولا سنة دون المواظبة فان صلى لا يكون سنة انما يكون تطوعا وهو
قول صدر الاسلام ومثله مروي عن الحسن بن زياد والكرخي وقال المص والاولى ان لا يتركها اي السنن
الرواتب في الاحوال كلها يعني سواء صلى بالجماعة اي منفردا مقيما او مسافرا هكذا فعل الخلفاء الراشدون
وكبار الصحابة والتابعون ولان المنفرد احوج اليها لافتقاره الى تكميل الثواب الا اذا خاف فوت الوقت
فانه يسئل من تركها **قوله** ومن انتهى الى الامام اي ادركه في ركوعه فكبر يعني تكبيرة الافتتاح وقيد بالركوع
لانه اذا انتهى اليه وهو قائم فكبر ولم يركع معه حتى رفع الامام راسه من الركوع ثم ركع انه مدرك لتلك الركعة
بالاجماع واذا انتهى الى القومة بعد الركوع لا يكون مدركا لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى اليه وهو راكع
فكبر ولم يركع معه سواء كان متمكنا من الركوع او لم يكن وهو مسئلة الكتاب لا يصير مدركا لها عند العلماء خلافا
لزفر وهو قول سفيان الثوري وابن ابي ليلى وعبد الله بن المبارك قالوا ادرك الامام فيما له حكم القيام لان
الركوع يشبه القيام حقيقة لان القائم يفارق القاعد في انتصاب النصف الاسفل وهو موجود في الركوع وحكما لانه

بالغير بتكبيرات العيد التي يؤتى بها في حقيقة القيام وهذا الدليل انما يتم اذا ثبت انه ادركه فيما له حكم القيام كادراك
في حقيقة القيام وهو ممنوع ولنا ما تقدم ان الاقتداء شركة في افعال الصلوة ولم يوجد في القيام وهو ظاهر ولا في
الركوع وكون الركوع يشبه القيام حكما غير معتبر ههنا بحديث عمر رضه اذا ادركت الامام راكعا فركعت قبل ان يرفع رأسه
فقد ادركت تلك الركعة وان رفع قبل ان تركع فقد فاتتك تلك الركعة ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام
فيه اي في ركوعه جاز فعل ذلك ولا يفسد به صلوته وان لم يعد الركوع وقال زفر لا يجوز اي الصلوة ان لم يعد الركوع لان ما اتى
به قبل الامام غير معتد به لكونه منهيا عنه قال عم انما جعل الامام اماما ليؤتم به فلا تختلفوا فكذا ما يبنيه عليه لان
البناء على الفاسد فاسد فصار كما اذا رفع راسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام ولنا ان الشرط هو المشاركة
في جزء واحد وقد وجد فيجعل مبتدئا لا بانيا عليه فصار كما في الطرف الاول وهو ان يركع معه ويرفع رأسه قبل الامام
وهذا لان للركوع طرفين والشركة في احدهما كافية بخلاف ما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام
لانه لم توجد المشاركة في شيء من الطرفين والله اعلم

باب قضاء الفوائت

لما فرغ من بيان احكام الاداء وما يتعلق به وهو الاصل شرع في بيان احكام القضاء وهو الخلف عنه
فانه صلوة او فوتها عامدا وجب عليه قضاؤها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت
وفرض الوقت مستحق عندنا وقال الشافعي وهو مستحب فلا يجب عليه تقديم الفائتة على الوقتية لان كل فرض
اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره لان الشرط تبع فكان بين اصالته وتبعيته منافاة ونوقض بالايمان
فانه اصل الفروض وهو شرط لسائر العبادات فانه فرض مستقل وهو شرط الاعتكاف الواجب بالاتفاق واجيب
بان الاصل ان الشيء اذا كان مقصودا بنفسه لا يكون شرطا لغيره لما ذكرنا من المنافاة الا اذا دل الدليل على
كونه شرطا لغيره فيجعل شرطا له مع بقائه مقصودا وما ذكرتم من ذلك قال الله تعالى فمن يعمل من الصالحات وهو
مؤمن فان الاحوال شروط وقال عم لا اعتكاف الا بالصوم فكانا شرطين بهذين النصين ويتفرع
باختلاف الجهة فعلنا ومن ذلك محل النزاع بحديث من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع
الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ودلالته على وجوب الترتيب ظاهرة
حيث امر باعادة ما فيها عند التذكر وفيه بحث من اوجه الاول انه متروك الظاهر لانه يدل على وجوب القضاء
على النائم والناسي لا غيره والوجوب ثابت على من فوت الصلوة عمدا ايضا بالاجماع ومتروك الظاهر لا يكون حجة
سيما في افساد الفرضية لا يقال يدل على ذلك بدلالته لانه لما وجب على المعذور فعلى غيره اولى لان ذلك انما
يستقيم ان لو كان قضاء الفائتة عقوبة وليس كذلك بل هو عقوبة رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك
استحقاق غيره الثاني انه خبر واحد لا يعارض المشهور فان الجواز ثبت به كما زالت الشمس مثلا
فلو كان الترتيب فرضا بما ذكرتم بطل ما ثبت بالمشهور الثالث انكم عملتم بهذا الحديث لعمل الخبر انما كان
معها خبر واحد فكان متناقضا الرابع ان الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت وشرائط
الصلوة لا تسقط بشيء من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة والجواب عن الاول ان قضاء الصلوة حق
والنبي عم موصوف بالرأفة بالمؤمنين ومن رأفته ان يوجب على المفرط ما يتدارك به تفريطه بطريق الاولى وعن الثاني
بانا ما ابطلنا به العمل بالمشهور بل اخرناه عملا بالحديث الآخر احتياطا وكان ذلك اهون من ابطال العمل بخبر الواحد
اصلا على انهم قالوا انه ليس خبر واحد بل هو مشهور تلقته الائمة بالقبول فانهم جعلوه على وجوب القضاء والثابت به

وعن الثالث بان العمل بجز الفاتحة على وجه يلزم فساد الصلوة بتركها يوجب نسخ قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من
القرآن وذلك لا يجوز كما تقدم بخلاف صورة النزاع فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعا وذلك لان قوله تعالى
اقم الصلوة لدلوك الشمس يدل على ان هذا الوقت وقت الظهر ولا يتعرض لتقديم الفائتة عليه لا بنفي ولا اثبات
وخبر الترتيب يدل على التقديم فعملنا بهما وعن الرابع بان وقت النسيان ليس بوقت للفائتة لان وقتها وقت التذكر
وهو ناس واما ضيق الوقت فلم يكن تبيانا للحديث لا تجعل قضاء الفائتة شرط جواز اداء الوقتية انما هي
الفائتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم يكن شرطا عند ضيق الوقت واما كثرة الفوائت فانها في معنى ضيق
الوقت لان الاشتغال بها مع كثرتها يفضي الى تفويت الوقتية الثابتة بالكتاب بخبر الواحد وقد ظهر مما ذكرنا ان لو
وليها فوت الوقت بتقديم الوقتية **قوله** ولو قدم الفائتة جاز اي جاز فعل هذا وهو تقديم الفائتة لان
النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها اراد النهي الذي يستفاد من الامر وصح هذا المعنى في المبسوط فقال لو بدأ بالفائتة
اجزأه بخلاف الاول فان هناك هو مامور بالبداءة بالفائتة ولو بدأ بفرض الوقت لم يجزه لان النهي عن البداءة بفرض
هناك لمعنى في عينها الا ترى انه لو بدأ بالتطوع لا ينعدم الموجب للنهي فمنع الجواز ولهذا وههنا النهي عن البداءة
بفرض الوقت هناك لمعنى في عينها الا ترى انه لو بدأ بالفائتة ليس لمعنى في عينها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت الا
ترى انه نهي عن الاشتغال بالتطوع ايضا لوجود ذلك المعنى الموجب للنهي والنهي متى لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لا
يمنع جوازه **قال** ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء بهذه المسئلة بيان ان الترتيب كما انه فرض بين الفائتة
والوقتية فكذلك بين الفوائت نفسها فاذا فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عم
شغل عن اربع صلوات يوم الخندق اي يوم حرب فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي امرنا فتشبه
مطلقا والكامل منه ما يتبع عليكم وكيفه فدل على ان الاداء بوصف الترتيب شرط والاتمام ينقل كما صليت بسير
قوله الا ان يزيد الفوائت على ست صلوات استثناء من قوله رتبها في القضاء ومعناه الا ان يصير الفوائت ست
واختلف الشارحون في تاويل كلامه لان ظاهره لا يفيد هذا المعنى لاستدعائه ان يكون الفوائت سبعا
لانه ذكر الفوائت بلفظ الجمع والزيادة من المزيد عليه والمزيد عليه ست فيصير المجموع سبعة فقال صاحب النهاية
المراد من الصلوات اوقاتها فان فوت الصلوة السابعة ليس بشرط بالاجماع ورد بانه يقتضي ان يزيد الفوائت
على ست اوقات وذلك انما يكون بفوت السابعة وليس بمراد وقيل اراد اوقات الفوائت بحذف المضاف ورد
بانه يستدعي زيادة الاوقات على ست صلوات وذلك انما يكون بفوت وقت السابعة وليس بمراد وقيل
بالفوائت الاوقات ومعناه الا ان يزيد الاوقات على ست صلوات ورد بمثله وما تقدم عليه من الوجهين
ويجاب بان الزيادة لا بد وان يكون من جنس المزيد عليه وذلك معدوم في هذه التاويلات كلها كما ترى والحق
ان يقال ههنا فان وتقديره الا ان يزيد اوقات الفوائت على اوقات ست صلوات بحسب دخل الاوقات
دون خروجها وانما سقط الترتيب بين الفوائت لكثرة الفوائت لان الكثرة لما افادت سقوطه في غيرها فلان
يسقط في نفسها اولى وقيل لعدم القائل بالفصل **وقوله** وحد الكثرة ظاهر مما ذكرنا لان قوله لان الكثرة
بالدخول في حد التكرار دفع كلام وهو ان الكثرة امر اضافي فجاز اطلاقها على ما هو ازيد مما دونه فاوجبا الدخول
في حد التكرار ويجوز ان يقال اصل ذلك القضاء بالاجماع وقد ثبت ان عليا رضه اغمي عليه اقل من يوم وليلة
فقضى الصلوات وعمار بن ياسر اغمي عليه يوما وليلة فقضاهن وعبد الله بن عمر رضه اغمي عليه اكثر من يوم وليلة

من الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما يسقط فيما بينها وبين الوقتية

فلم يقضهن فدل على ان التكرار معتبر **قوله** ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة صورته رجل ترك صلوة
شهر فسقا ومجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل باداء الصلوة في مواقيتها فقبل ان يقضي تلك الفوائت ترك صلوة
دون الست وصلى صلوة اخرى وهو ذاكر لهذه المتروكة الحديثة قال بعض المتأخرين من مشايخنا يجوز هذه
الصلوة لكثرة الفوائت والاشتغال بالحديثة ليس باولى من الاشتغال بتلك والاشتغال بالكل يفوت الوقتية
عن وقتها قال في النهاية وعليه الفتوى وقال بعضهم لا يجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون
وان لا يصير المعصية وسيلة الى التيسير والتخفيف **وقوله** ولو قضى بعض الفوائت صورته ان يترك الرجل صلوة
شهر ثم يقضيها الا صلوة او صلوتين ثم صلى صلوة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه هل يجوز الوقتية او لا فيه
عن محمد روايتان قال الى عدم الجواز الفقيه ابو جعفر واختاره بعض المشايخ والمص ومال الى الجواز ابو حفص
الكبير واختاره من المشايخ فخر الاسلام وشمس الائمة وصاحب المحيط وقاضي خان وغيرهم قال في النهاية وعليه
الفتوى ووجهه ان الترتيب قد سقط بكثرة الفوائت والساقط لا يعود كما اذا نجس قليل ودخل عليه الماء الجاري
حتى كثر وسال ثم عاد الى القلة لا يصير نجسا قال المص هو الاول وهو الاظهر يعني دراية ورواية اما دراية
فلان علة السقوط الكثرة المفضية الى الحرج ولم يبق بالعود الى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته وكان كحق
الحضانة اذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فان الحق يعود واما رواية فلما روي عن محمد فيمن ترك
صلوة يوم وليلة وجعل اي شرع يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال يعني سواء
قدمها على الوقتيات او اخرها عنها والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفائتة في حد القلة لانه متى ادى صلوة
من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات الا انه لما قضى متروكة بعدها عادت المتروكات خمسا فلم لا يجعل
هكذا فلا يعود الى الجواز وان اخرها اي اخر الوقتيات عن الفوائت فكذلك الا انه لا يجوز الوقتيات الا العشاء
الاخيرة فانها جائزة اما فسادها وراء العشاء الاخيرة من الوقتيات فلانه كلما صلى فائتة عادت الفوائت الى خمس
فسدت الوقتية ضرورة واما جواز العشاء الاخيرة فلانه لما ذكرنا انه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها والظن
منه لا في فصل مجتهد فيه وقع معتبرا وان كان خطأ والترتيب لا يوجب القضاء فيه فكان ظنه موافقا لرأي
كما عفى احد من له القصاص وظن صاحبه ان عفو صاحبه غير مؤثر في حقه فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه ويعلم
انه قد قتل غير حق لكن لما كان ظنا ناشيا عن اجتهاد في ذلك صار ذلك الظن شبهة في وجوب القصاص كذا في المبسوط
ونوقض بما اذا صلى الظهر على غير وضوء ناسيا ثم صلى العصر على وضوء ذاكرا للظهر فانه يجب الترجيح بينهما
ان يعيدهما جميعا وعلى قياس ما ذكر ههنا انه لا فائتة عليه في ظنه حال اداءها كان ينبغي ان لا يجب عليه قضاء العصر
ثانيا لما انه لما قضى الظهر فقد وقع عليه في ظنه انه قضى جميع ما عليه ولم يبق عليه شيء من الفائتة والترتيب بينهما
واجب على مذهبنا فهو كما ظنه ههنا ايضا موافقا لمذهب كما ذكرتم واجيب بان فساد الصلوة
بترك الطهارة فساد قوي مجمع عليه وظهر اثره فيما يؤدي بعده واما فسادها بسبب ترك الترتيب فضعيف
مختلف فيه فلا يتعدى حكمه الى الصلوة الاخرى **قوله** ومن صلى العصر مسئلة الترتيب ولكن ذكرها لتمهيد الاختلاف
المذكور بعده وفي ضيق الوقت كلام لم يتكلم به فيما مضى فليتكلم به ههنا وهو ان الاعتبار في ضيق الوقت لاصل
الوقت ام للوقت المستحب حكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني ان عند ابي حنيفة وابي يوسف الاعتبار باصل الوقت
المستحب وعلى هذا فيما نحن فيه من المسئلة انه لو اداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب وان كان

لا يمكنه اداء الصلوتين قبل غروب الشمس يسقط الترتيب ويطيء اداء العصر وان امكنه اداء الظهر قبل ان يقع العصر كلها
او بعضها بعده تغيرا فعليه مراعاة الترتيب عندهما خلافا لزفر والحسن لان معنى الكراهة يسقط الترتيب كخوف فوت اصل
الوقت ووقت عصر اليوم ليس الا ... قوله واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة يعني يقلب نفلا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد يبطل والفايدة تظهر فيما اذا قهقه قبل ان يخرج من الصلوة فانه ينقض طهارته
عندهما خلافا لمحمد لان التحريمة عقدت لاصل الصلوة موصوفا بوصف الفرضية وليس من ضرورة بطلان الوصف
بطلان الاصل وفيه بحث من وجهين الاول ان الوصف يجوز ان يكون مخصصا للاصل وكان كالفصل المنوع
فيبطل الاصل ببطلانه والثاني ان وصف الفرضية اما ان يكون له مدخل فيما انعقدت التحريمة لاجله او لا لا سبيل
الى الثاني لان وقت الصلوة ظرف لا بد من التمييز بوصف يحصل به تعيين ما احرم له فلو لم يكن له مدخل في ذلك
لجاز الاحرام بدون التعيين فلا يجوز ان يثبت ... الذمة فتعين الاول فكان جزءا فالكل ينتفي بانتفاء
جزئه والجواب عن الاول ان الوصف لا يجوز ان يكون مخصصا لان المخصص يجب تقدمه والوصف لا يتقدم
على الموصوف وعن الثاني بان الوصف مدخلا لما انعقدت التحريمة له لا من حيث تحصيله حتى يكون ... بل من
حيث ... في الوقت واذا لم يكن جزءا لا يلزم من انتفائه انتفاء الكل ثم اذا فسد العصر
فسادا موقوفا عند ابي حنيفة رح حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جايزا وقالا فسادا باتا
لا يجوز بحال لان سقوط الترتيب حكم الكثرة وكل ما هو حكم لعلة يتأخر عنها فسقوط الترتيب انما يكون فيما
يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها وهو القياس ولابي حنيفة رح ان الكثرة علة لسقوط الترتيب وقد حصلت
فيترتب عليها السقوط وهي كما جاز ان يكون علة لما يأتي من الصلوات جاز ان يكون علة لكل واحدة من آحادها
لان الكل واحد من آحاده جزؤه واستند ... عليها فكيف يكون معلولا لها لانها جزؤها من حيث الوجود ولا كلام
فيه وانما الكلام من حيث الجواز وذلك متأخر لانه لم يكن ثابتا لكل واحدة منها قبل الكثرة وهذا استحسان ...
معنى معقول وثبوت جواز الصلوة وفسادها بطريق التبيين غير عزيز في الشرع الا ترى ان من صلى المغرب
بعرفات يتوقف فان افاض الى المزدلفة في وقت العشاء ينقلب نفلا ويلزمه اعادتها مع العشاء في المزدلفة
وان لم يفض اليها بل توجه من طريق آخر الى مكة صحت وكذلك من صلى الظهر في منزله يوم الجمعة فان سعى اليها قبل
الامام انقلب الظهر نفلا ... وكذلك المعتادة اذا انقطع عنها دون عادتها وصلت ثم عاودها
الدم تبين انها لم تكن صحيحة وان لم يعاودها كانت صحيحة قوله قد عرف ذلك في موضعه يعني في كتاب الصلوة
من المبسوط وقوله ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر وقوله ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن يعني ان الترتيب
المستحق هو ما يكون بين الفرائض لا غير قوله وعلى هذا اي وعلى هذا الاختلاف وهو ان الوتر واجب عنده
سنة عندهما وقوله فصلى ... العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر اذا كان واجبا عنده صار كما
صلى فرضا بنسيان فرض آخر وعندهما يعيد الوتر ايضا لان دخول وقته بعد اداء العشاء على وجه الصحيح
ولم يوجد فكان مصليا قبل وقته

باب سجود السهو

لما فرغ عن ذكر الاداء
والقضاء شرع في بيان ما يكون جابرا للنقصان يقع فيهما وهذا من اضافة الحكم الى السبب وهي الاصل
في الاضافات لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب وقوله ويسجد
للسهو ... قوله فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله اعترض عليه بوجهين احدهما ان في المعارضة

في الزيادة والنقصان سجد بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم ...

بين الحجتين المصير الى ما بعدهما وههنا صير الى ما قبلهما وهو القول لانه موجب دون الفعل والثاني انه يلزم الترجيح
بكثرة الادلة وهو غير جائز والجواب عن الاول بان ذلك انما يكون بعد تحقق ... وقهما واما اذا كان فقد يصار اليه وهو
خلاف ما عليه اهل الاصول لكلامهم وعن الثاني بانا لم نجعل القول مرجحا للفعل حتى لزم ذلك وانما جعلناه حجة بعد تعارض
الفعلين وتهاترهما وقال مالك اعمال الفعلين جميعا لا يمكن ويرجح فيعمل بما رواه الشافعي على ما كان السهو بالنقصان
وبما رواه اصحابنا على ما اذا كان السهو بالزيادة وهو محجوج بالقول فانه لا يفصل بين ... ثوبان رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
قال لكل سهو سجدتان بعد السلام قوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر دليل معقول على اولوية التأخير وبيانه
ان سجود السهو كان ينبغي ان لا يتأخر عن زمان وجود العلة وهي السهو الا انه تأخر لضرورة ان لا يتكرر لانه اذا
سجد زمان سهو ... ان يسهو بعده فان سهى فاما ان يسجد ثانيا او لا فان لم يسجد بقي نقص لازم لا يجبر وان
سجد تكرر السجدة وهو غير مشروع بالاجماع فيلزم التأخير وهذا المعنى الذي اقتضى التأخير عن زمان العلة
اقتضى التأخير عن السلام حتى لو سهى عن السلام بالقيام الى الخامسة لزمه السجدة لتأخر السلام فيتحقق فيه الجبر
النقصان به وهذا الخلاف بيننا وبين الشافعي في الاولوية واما لو اتى بها قبل التسليم جاز عندنا ايضا في رواية
الاصول وروى انه لا يجزيه لانه اداه قبل وقته وجه رواية الاصول انا لو لم نجز لامرناه بالاعادة وتكررت السجدة
ولم يقل به احد فلان يكون نقصا على وجه قال بعض العلماء اولى من ان يكون على وجه لم يقل به احد منهم قوله هو
الصحيح احتراز عما اختاره فخر الاسلام وشيخ الاسلام وصاحب الايضاح وهو ان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه
... الاسلام لان التعريف لمعنى التحية لا التحليل يعني ان السلام حكمين التحية للقوم والتحليل والاول هو الذي
يراد في هذا السلام لانه قاطع للاحرام والتحليل لا يتكرر فلا حاجة الى تكرار السلام واذا بطل معنى التحية لا ينحرف
وجه الصحيح ما قاله المصنف ... السلام المذكور يعني في الحديث المذكور الى ما هو المعهود في الصلوة ونسب صاحب الاسلام
قائل التسليمة الواحدة الى البدعة قوله ويأتي بالصلوة على النبي عليه السلام اختلفوا في الصلوة على النبي عليه السلام والدعوات
انها في قعدة الصلوة او في قعدة السهو فقال الطحاوي يأتي بها فيهما لان كل قعدة في آخرها صلوة على النبي عليه السلام
وقال الكرخي في قعدة السهو واختاره فخر الاسلام والمصنف وقال هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلوة
ومنهم من قال في المسئلة اختلاف بين العلماء عند ابي حنيفة وابي يوسف في القعدة الاولى قعدة الختم وعند محمد
على خلافه وفيه نظر لان الاصل المذكور متقرر فلو كان هذه المسئلة مبنية على ذلك لكان الصحيح فيهما
ويلزمه السهو هذا لبيان ما ذكر في اول الباب بقوله يسجد للسهو للزيادة والنقصان فانه لم يعلم من ذلك انه اي زيادة
يوجبه ففسره ههنا بان المراد زيادة فعل من جنس الصلوة ليس منها كما اذا اتى بركوعين او بثلث سجدات وهذا اي قوله
يلزمه السهو واجب قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من اصحابنا انه سنة وقوله لانها تجب لجبر قوله واذا وجب
بالزيادة جواب عما يرد على قوله واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره فان القائل ان يقول يجب بالزيادة
ايضا ولا ترك ههنا ولا تأخير فقال الزيادة لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب قوله ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا
بيان للنقصان الموجب للسجدة وهو ظاهره وقيل المراد بالسنة المضافة الى جميع الصلوة كالتشهد في القعدة الاولى
وقوله او ترك قراءة فاتحة الكتاب بيان انها كما تجب لترك الافعال تجب لترك الاذكار وقد علم ان سجدة السهو
عرفت بفعل رسول الله عليه السلام وما نقل ذلك عنه الا في الافعال وكان القياس ان لا تجب في الاذكار لكنهم استحسنوا فيها
لانها شرعت جبرا للنقصان وقد ثبت النقصان بتركها ايضا فلا بد من الجبر بالسجود وعلى هذا اذا ترك الفاتحة او القنوت

في الوتر او التشهد في القعدة الاولى اما الثانية او تكبيرات العيد يجب السجدة لانها واجبات لمواظبة النبي عم
من غير ترك وهي من امارات الوجوب وقد ذكرنا انها تجب لترك واجب ولانها يضاف الى جميع الصلوة فيقال
تكبيرات صلوة العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلوة فدل على انها من خصائص الصلوة لان الاضافة دليل الاختصاص
والاختصاص انما يكون بالوجوب لان اختصاص الشئ بالشئ يقتضي وجوده معه والوجوب طريق للوجود ولخصائص
جمع خصيصة بمعنى الخاص كالشريك بمعنى المشارك قوله وكل ذلك اي كل المذكور من القعدة الاولى والثانية
والقراءة فيها واجب وفيها سجدة واعترض بان اطلاق الواجب على القعدة الاخيرة سهو لانها فرضية تفسد الصلوة بتركها
واجيب بان المراد بتركها تأخيرها بالقيام الى الخامسة فان في التأخير نوع ترك وتأخير الركن يوجب السجدة وفيه نظر
لانه يقتضي بان يكون المراد بالواجب بتركها تأخيرها بالقيام الى الخامسة فان في التأخير نوع ترك وتأخير الركن يوجب
الفرض والواجب وبالترك التأخير والترك وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في موضعين وقيل يحمل كلامه على
رواية الحسن عن ابي حنيفة رح انه قال يجوز صلوته اذا رفع راسه من السجدة اي تتم صلوته بدون القعدة الاخيرة
وقيل القعدة الاخيرة واجب بحسب الكيفية اي عدم تأخيرها واجب فاذا اخر فقد ترك هذا الواجب وفيه تمحل كما
ترى قوله هو الصحيح احتراز عما قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة وهو وجه القياس ووجه الصحة
ما ذكرنا من المواظبة بلا ترك قوله لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات لان الجهر فيما يجهر
بالقراءة على الامام واجب ليستمع القوم لقراءته لكونها اقيمت مقام قراءتهم لوجود المقصود وهو الاستماع ولما كان
مقامها وجب ان يكون فرضا لكن لا بد من انحطاط مرتبة الفرع عن مرتبة الاصل وكان واجبا والمخافتة انما كانت
صيانة للقرآن عن لغو الكفار ولغطهم وصيانته عن ذلك واجبة وما لا يتوسل الى الواجب الا به يكون واجبا
فان قيل روى ابو قتادة رض ان النبي عم كان يسمعنا الآية والآيتين في الظهر والعصر فدل على ان الاخفاء
لم يكن واجبا وبه اخذ الشافعي رح اجيب بانه عم كان يفعل ذلك لبيان ان القراءة مشروعة فيها وعندنا لا يجب
السجود اذا تعمد ذلك قوله واختلفت الروايات في المقدار اي في مقدار ما يوجب السجود والجهر والاخفاء فبقي ظاهر
الروايات القليل والكثير في الفصلين سواء في وجوب السجدة ذكر شمس الائمة الحلواني وقاضي خان وروى ابن سماعة
عن محمد انه اذا جهر باكثر الفاتحة يسجد لان اليسير من الجهر والاخفاء غير ممكن عن الاحتراز فاعتبر اكثر الفاتحة ثم
رجع وقال ان جهر مقدار ما يجوز به الصلوة يجب والا فلا قال المص وهو الاصح فقدر ما يجوز به الصلوة في
الفصلين اختيار لهذه الرواية ووجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا اي وجوب السجدة في الفصلين انما هو
في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة اي وجوبهما من خصائص الجماعة قيل اما وجوب الجهر من خصائص الجماعة
فمسلم لان المنفرد مخير بين الجهر والاخفاء واما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع لان المنفرد يجب عليه
المخافتة فيجب السهو بتركها واجيب بان ذلك وجه رواية النوادر وروى ابو مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
في المنفرد اذا جهر فيما يخافت ان عليه السهو لما ذكرنا واما على ظاهر الرواية فلا نسلم ان المخافتة واجب عليه لانها وجبت
لنفي المغالطة وانما يحتاج الى ذلك في صلوة يؤدى على سبيل الشهرة والمنفرد لم يؤد كذلك فلم تكن المخافتة عليه
قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود فان سهى الامام وجب السجود على المؤتم وجوبه على الامام لان السبب
الموجب للسجود في حق الاصل وهو الامام تقرر في حق المأموم ايضا بالتزام المتابعة فان الصحة والفساد والاتمام
لما تعدت من صلوة الامام الى صلوتهم حتى لو نوى الامام الاقامة في وسط الصلوة صارت صلوتهم ايضا بالتزام المتابعة

ولهذا لزمه حكم الاقامة بنية الامام

فكذلك النقصان وما يجبره فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا
وبين المخالفة والمتابعة منافاة فاذا تحقق احد المتنافيين انتفى الآخر واعترض على التعليل المذكور في الكتاب
بمخالفات يجوز وقوعها من المؤتم كما اذا لم يرفع الامام يديه عند الافتتاح فان القوم يرفع واذا لم يثن الامام
فالمأموم يثني واذا ترك الامام تكبير الركوع وتسبيحه وتسميعه وتكبير الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير
التشريق فان المأموم يفعل ذلك كله وبان المخالفة بعد فراغ الامام ليست بقادحة الا ترى ان المسبوق
يقضي ما فاته بعد فراغ الامام والمقيم اذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين والجواب عن الاول ان الكلام
فيما لزم بشئ باشره الامام وتعدى الى المؤتم وما ذكرتم ليس كذلك بل انها يثبت على المقتدي ابتداء كما يثبت
على الامام وعن الثاني بان هذه المخالفة بضرورة اتمام الفرض فلا يتعدى الى ما ليس كذلك لانه ليس
في معناه وان سهى المؤتم لا يجب على الامام السجود لان صلوته ليست بمبنية على صلوة المأموم فسادا ولا نقصانا
فلا يجب نقصان صلوته بنقصان صلوة المأموم واذا لم يجب على الامام لم يجب على المأموم لانه لو وجب فاما
ان يسجد وحده وفيه مخالفة امامه فيما ليس من اتمام الفرض وهو لا يجوز واما ان يسجد امامه وفيه قلب الموضوع
فان قلت اما ذكرتم آنفا ان المخالفة انما لا يجوز فيما لزم بشئ باشره الامام وتعدى الى المؤتم وسهوه ليس
كذلك بل المخالفة ان كانت لامر باشره المؤتم فينبغي ان يجوز فالجواب انا قلنا ان المخالفة فيما لزم بشئ
باشره الامام لم تجز ولم نقل ان فيما باشره بنفسه جازت المخالفة والذي يحسم هذه المادة ان المخالفة ان كانت
لاتمام الفرض بعد فراغ الامام جازت بالنص لقوله عليه السلام وما فاتكم فاقضوا وقوله عليه السلام اتموا صلوتكم
فانا قوم سفر وان كانت لغيره فان كانت فيما يثبت ابتداء كالمسائل التسع المتقدمة جازت لانها لا اتحاد
حيث لم يتعلق بالاقتداء وان كانت فيما لزم مما باشره احدهما كالتي نحن فيها لم يجز لانها الى قطع الشركة
المنافي لوضع الجماعة قال ومن سهى عن القعدة الاولى اي ومن سهى عن القعدة الاولى في الفرض
الرباعية والثلاثية ثم تذكر فلا يخلو اما ان يكون الى القعود اقرب بان لم يرفع ركبتيه او الى القيام بان
رفعهما فان كان الاول عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشئ يأخذ حكمه كفناء المصر له حكم المصر في حق
صلوة الجمعة والعيدين واختلف في وجوب السجدة فقيل يسجد لانه اخر واجبا بقدر ما اشتغل بالقيام
وقيل لا يسجد وهو الاصح بناء على ان ما قرب من الشئ يأخذ حكمه فصار كانه لم يقم وان كان الثاني لم
يعد لانه كالقائم معنى لما ذكرنا من الاصل ولو عاد ما جاز له العود لئلا يلزم ترك الفرض وهو القيام لاجل الواجب
الذي هو القعدة الاولى ولا يلزم سجدة التلاوة فانه يترك الفرض لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت
بالنص على خلاف القياس وهو ما روي ان النبي عم والصحابة كانوا يسجدون ويتركون القيام لاجلها ويسجد
للسهو لانه ترك الواجب وقد روي ان رسول الله عم قام الى الثالثة قبل ان يقعد فسبحوا له فعاد وروي
انه لم يعد وسبح لهم قياما ووجه التوفيق انه عاد حين لم يتم قائما ولم يعد بعد ما تم قائما وان سهى عن القعدة
الاخيرة حتى قام الى الخامسة في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة في الثنائية فلا يخلو من ان يكون
بعد ما قعد على الرابعة او لا يكون فان لم يكن فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة او لا فان كان الثاني رجع
الى القعدة لان اصلاح الصلوة به ممكن وكل ما كان كذلك وجب عمله احترازا عن البطلان وانما قلنا انه ممكن
لان ما دون الركعة محل الرفض لكونه ليس بصلوة ولا له حكمها ولهذا اذا حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة

والتي الخامسة لانه رجع لا الى شئ محله قبله اى قبل ما فعل وهو الخامسة وفي بعض النسخ قبلها وهو ما صح
وكل من رجع من فعل من افعال الصلوة الى شئ محله قبله يرتفض ذلك الفعل المرجوع عنه كما اذا قعد قدر التشهد
ثم تذكر السجدة الصلبية او التلاوة فسجد لها يرتفض القعدة لما ان محلها قبل القعدة الاخيرة وسجد للسهو
لانه اخر واجبا وهو اصابة لفظة السلام وقيل واجبا قطعيا وهو القعدة الاخيرة فان كان الاول بطل
فرضه عندنا خلافا للشافعي رح لانه روى ان النبي عليه السلام صلى الظهر خمسا ولم ينقل انه قعد في الرابعة
ولانه اعاد صلوة ولنا انه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة لانه اتى بما هو صلوة اخرى
حقيقة لاشتمالها على الاركان وحكما لانه حكم الشروع بوجوده واوجب الحنث على من حلف لا يصلي ركعة فصلى
ركعة وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال الاركان المكتوبة يخرج عن الفرض لمنافاة بين الفرض والنفل
فعند تحقق احد المتنافيين فيبقى الاخر مفقودة ولقايل ان يقول لا نم انه يوجد الركعة الواحدة بعد اربع
من المكتوبة استحكم الشروع في النفل لم يجمع ما سبق من ركعات المكتوبة عن الاستحكام سلمنا لكن ما سبق
من ركعات الفرض ان لم يكن اشد استحكاما لكونه كثيرا او فرضا فلا اقل من المساواة فح لا يكون بطلان
الفرض اولى من بطلان النفل والجواب عن الاول ان الاستحكام انما يكون بالوجود في الخارج وقد
تحقق وجوده فيه ولو كان ما ذكرتم مانعا لما تحقق وعن الثاني بان المراد ببطلان الفرض بطلان وصف
الفرضية ولا شك ان بطلان وصف الفرضية وتحوله نفلا اولى من بطلان اصل الصلوة ووصفها وفي
ابطال النفل ذلك فكان الاول اولى وتاويل الحديث انه عليه السلام كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل
قول الراوي صلى الظهر خمسا والظهر اسم لجميع اركان الصلوة ومنها القعدة وانما قام الى الخامسة على
ظن انها الثالثة حملا لفعله عليه السلام على ما هو اقرب الى الصواب قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر في باب قضاء
الفوائت من الاختلاف بينهم قوله فيضم اليها ركعة سادسة يعني عندهما وهل يجب عليه سجدة السهو لم يذكره
والمختلفون فيه والاصح انه لا يسجد لان النقصان بالفساد لا يجبر بالسجدة ولو لم يضم لا شئ عليه لانه
مظنون والمظنون غير مضمون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجدة كاملة لكون السجود
حقيقة في وضع الجبهة وعند محمد برفعه لان تمام الشئ باخره وهو الرفع ولم يصح الرفع مع الحدث فلم
يتم السجود وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في هذا السجود فذهب يتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد في
الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود الى القعدة ويبني على صلاته باتمامها بالتشهد والسلام وعند ابي يوسف
لا يبني لان صلوته قد فسدت بوضع الجبهة ولا ابتناء على الفاسد قال فخر الاسلام المختار للفتوى قول محمد
لانه ادق واقيس لان السجدة لو تمت قبل الرفع وجعل دوامه كتكراره لم ينقض الحدث يعني بالاتفاق
ان الحدث ينقض كل ركن وجد فيه حتى لو توضأ وبنى على صلوته وجب عليه اعادة ذلك الركن الذي وجد
فيه الحدث ولو تم السجدة بالوضع لما احتيج الى اعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع وان كان فعلى الثاني
فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة او لا فان كان الثاني فحكمه كحكمه فيما اذا لم يقعد عليها وان كان الاول
ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظ السلام وتركها لا يفسد الصلوة لانها واجب
قوله وانما يضم اليها ظاهره لم يذكر ان الضم واجب او مستحب او جائز ولفظ الاصل يدل على الايجاب
فانه قال فعليه ان يضيف وكله على الايجاب وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انها تنوبان عن سنة الظهر

وجه الصحيح ان السنة عبارة عن طريقة النبي عم وهو كان يتطوع في الظهر بتحريمة مبتدأة قصدا وقوله ويسجد للسهو
استحسانا يعني ان القياس ان لا يسجد لان ما سهو وقع في الفرض وقد انتقل منه الى النفل ومن سها في صلوة لا يجود ان يسجد
في صلوة اخرى وجه الاستحسان ان النقصان قد يمكن في الفرض بالخروج منه لا على وجه المسنون وهو الخروج بلفظ
السلام وهذا مذهب محمد رح وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون وهو الشروع فيه بتحريمة مبتدأة وهذا مذهب
ابي يوسف رح وكل واحد منهما يوجب السجدة وانما قدم قول محمد لانه المختار للفتوى لان من قام من الفرض الى النفل
من غير تسليم ولا تكبير عمدا لم يعد ذلك نقصانا في النفل لانه احد وجهي الشروع في النفل وانما هو نقص في الفرض
ولما كان النفل بناء على التحريمة الاولى جعلتا حتى وجوب سجدة السهو كانهما صلوة واحدة كمن تنفل بست ركعات
بتسليمة واحدة وسها في الاولى فانه يسجد للسهو في آخر الصلوة وان كان كل شفع منه صلوة على حدة لكون التحريمة
واحدة ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون خلافا لزفر فانه يقول عليه قضاء ركعتين لانه بنى على
نفل لازم وان تبين انه لم يكن عليه قلنا شرع على انه مسقط لا ملزم ثم تبين انه لم يكن فسقط اصلا لئلا
يلزم الزام ما لم يلتزم ولو اقتدى به انسان فيهما لزمه عند محمد ست ركعات ان اقتدى به في الخامسة بان
يعيد الامام باربع ركعات وان اقتدى به في السادس يأتي بعدد خمس ركعات يصلي ركعة ويقعد ثم يصلي
ركعتين ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد لانه لما شرع في تحريمة الامام لزمه ما ادى بها الامام وقد ادى
ستا وعندهما لزمه ركعتان لانه استحكم خروجه عن الفرض فلا يلزمه غير هذا الشفع ولو افسد المقتدي
لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بما اذا افسد الامام فان حال المأموم لا يكون اقوى حالا من الامام ولانه
زيادة الفرع على الاصل وعند ابي يوسف رح يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام تقديره ان المقتضي
للوجوب وهو الشروع من المخاطب بالنهي عن الابطال قائم في حق الامام فكذا في حق المأموم لبناء صلوته على
صلوة الامام وح يجب القضاء عليهما جميعا عملا بالمقتضي الا انه سقط عن الامام بعارض يخصه وهو شروعه
في النفل لا عن قصد التطوع وما يختص به لا يتعدى الى غيره وعلى هذا لا يلزم بناء القوي على الضعيف لان صلوة
الامام ايضا بالنظر الى وجود المقتضي قوي وفرق ابو يوسف رح بين هذا وبين ما اذا لم يقعد على الرابعة بان
هناك بطل فرضه فكان الاحرام في الابتداء منعقدا للست ركعات فاذا اقتدى به انسان لزمه موجب تلك
التحريمة واما ههنا فقد تم فرضه لما ذكرنا وشرع في النفل والمقتدي اقتدى به في النفل فلا يلزمه غير ركعتين
والحاصل ان هناك الصلوة واحدة فيلزم الجميع وههنا صلوتين فيلزم الاخيرة قيل كان من حق الكلام
وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بدليل ما تقدم في قوله وعندهما ركعتين وبدليل ما ذكره في الجامع الصغير
لقاضي خان وعندهما يقضي ركعتين وليس بواضح لانه ذكره في الزوائد والاختلاف على ما هو في الكتاب ولعل
المصنف رح وقف على صحة ذلك فنقله ولا يلزم من كونهما متفقين في مسئلة اتفاقهما في مسئلة اخرى قال
ومن صلى ركعتين تطوعا الاصل ان وقوع سجدتي السهو بين شفعي الصلوة غير مشروع ثم اما
ان يكون الشفعان في صلوة التطوع او الفرض فان كان الاول كما اذا صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد
للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين وفي بعض النسخ اخراوين وليس بصواب لم يصل ذلك لانه يبطل السجدة بلا
ضرورة لانه لما ادى صحة بدون ما يبني فلا من دونه في البناء بل فيه احراز فضيلة الدوام وفيه نقض القاء
والاحتراز عن نقض الواجب اولى ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة قال شيخ الاسلام وان بنى على ذلك ينبغي ان

يعيد سجدتي السهو لانه لما بنى حصلت السجدتان في وسط الصلوة فلا يعتد بهما وكان عليه الاعادة فان كان ثانيًا كما اذا سجد المسافر للسهو ثم نوى الاقامة قبل ذلك لانه لو لم يبن وقد لزمه الاتمام بنية الاقامة بطلت صلوته وفي البناء نقض للواجب ونقض الواجب في مثل دفعًا للاعلى قوله ومن سلم وعليه سجدة السهو اصل هذه المسئلة واخواتها ان سلام من عليه سجدة السهو لا يخرجه عن حرمة الصلوة عند محمد وهو قول زفر لا يخرجه خروجًا موقوفًا ولا باتًا وعندهما يخرجه خروجًا موقوفًا على معنى انه ان سجد بعد السلام حكمنا ببقاء التحريمة والا فلا لمحمد ان السجدة وجبت جبرًا لنقصان تمكن في المؤدى بالاتفاق والجبر انما يتحقق اذا كان المجبور قائمًا وقيامه ببقاء التحريمة فيحكم ببقائها تحصيلًا للغرض المطلوب ولهما ان السلام محلل في نفسه بالنص والاجماع وانما لا يعمل ضرورة السجدة ولا ضرورة اذا لم يسجد فيعمل فيه لتحقق المقتضي وزوال المانع وهذا تخصيص العلة كما ترى والمخلص معلوم لا يقال اذا كان بقاء التحريمة ضرورة اداء السجدة ينبغي ان لا يتعدى الى جواز الاقتداء لانه تشكيك في المجمع عليه فلا يكون مسموعًا فاذا عرف هذا الاصل يجري عليه الفروع منها مسئلة الكتاب فان عندهما الاقتداء صحيح على سبيل البتات وعندهما على سبيل التوقف ومنها انتقاض الطهارة بالقهقهة عنده ينتقض الطهارة لبقاء التحريمة خلافًا لهما ومنها تغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة عنده يتغير لكونها في حرمة الصلوة كما لو نوى قبل السلام وعندهما لا يتغير لانها لم تكن في حرمة الصلوة فان قيل اذا كان الخروج موقوفًا كان خارجًا من وجه دون وجه وذلك يستدعي ان يكون حكم هذه المسائل عندهما كحكمها عنده احتياطًا اجيب بانه ليس معناه الخروج من وجه دون وجه بل معناه الخروج من كل وجه لكن بعرضية العود كما ستذكر قوله ومن سلم يريد به قطع الصلوة يعني من عليه ان لا يسجد للسهو في مجلسه قبل ان يقوم او يتكلم وفي رواية قبل ان يتكلم او يخرج من المسجد وهذا يفيد ان الانحراف عن القبلة في المسجد غير مانع عن السجود قوله لان هذا السلام اي سلام من عليه السهو غير قاطع اي بالاتفاق اما عند محمد فلانه لم يشرع محللًا واما عندهما فلانه ان كان محللًا فهو محلل على سبيل التوقف لا على سبيل البتات وكل ما لم يشرع قاطعًا لا يقطع الصلوة فدل على ان القطع لا يحصل بالسلام فبقيت نيته وهي لا يصلح للقطع لانه لما ثبت ان السلام غير قاطع شرعًا فجعله قاطعًا بالنية تغيير المشروع وهو لا يتغير بالقصد والعزيمة وجهين احدهما ان السلام وحده مخرج عن حرمة الصلوة عندهما فكيف لا يكون مخرجًا مع نية القطع وهل هذا الا تناقض فان غاية ما في الباب ان لا يكون النية معتبرة فاما السلام وحده مخرج فكانهما قالا السلام مخرج السلام غير مخرج والثاني ان نية الاشراك تغير افضل المشروعات ومع ذلك اذا نواه صار الايمان في الحال والجواب عن الاول ان سلام من عليه السجود مخرج عن احرام الصلوة لكن على عرضية العود اليه بالسجود من غير فرق بين ان ينوي العود او ينوي عدم العود او لم ينو شيئًا فانه لا معتبر للنية والمسئلة الاولى كانت لبيان الاطلاق وهذه لبيان التقييد ولاتنا قض في ذلك وعن الثاني بان كلامنا ان الشرع جعل سلام الساهي غير قاطع وهو يريد ان يجعله قاطعًا بقصده وعزيمته وليس له ذلك لانه تغيير المشروع وليس من قصد من نوى الكفر ان يجعل الايمان المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتامله يغنيك عما طول في الكتب

قال ومن شك في صلوته ومن شك في كمية ما صلى فلا يخلو اما ان يكون اول ما عرض له الشك او لا فان كان الاول استانف الصلوة واختلفوا في معنى قوله اول ما عرض له قال صاحب الاحياء معناه اول ما سنح عمره

لقوله عليه السلام اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة

وقال شمس الائمة السرخسي معناه ان السهو ليس بعادة له لا انه لم يسه قط وقال فخر الاسلام اي في هذه الصلوة وهما قريبان فان كان الثاني وهو ان يعرض له الشك كثيرًا فلا يخلو اما ان يكون له راي اولا فان كان بنى عليه وان لم يكن بنى على الاقل وهذا لانه روي عليه السلام انه قال اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وروي انه عليه السلام قال من شك في صلوته فليتحر الصواب وروي انه عليه السلام قال من شك في صلوته فلم يدر اثلاثًا صلى ام اربعًا بنى على الاقل ومعلوم ان التوفيق لابد منه بين الادلة مهما امكن وقد امكن بحمل كل واحد منها على صورة من الصور المذكورة فيحمل الحديث الاول على الصورة الاولى لان فيه الامر بالاستئناف وذلك يناسب الصورة الاولى لعدم التكرار المفضي الى الحرج بتكرار الاستقبال ويحمل الثاني على الثانية لان فيه الامر على التحري الذي هو طلب الاحرى والاحرى هو ما يكون اكبر رايه عليه وتعين الثالث للثالثة لمقتضى الشك والامر بالبناء على الاقل قوله والاستقبال بالسلام اولى يتعلق باولى الصور يعني في الاستئناف بالسلام اولى لا بالكلام او بمجرد النية لان ما به التحلل عرف شرعًا دون الكلام ومجرد النية لغو لم يشتغل بعمل القاطع قوله وعند البناء على الاقل يتعلق بآخرها وبيان ذلك ان الشك اذا وقع في ذوات الاربع انها الاولى او الثانية عمل بالتحري فان لم يقع تحريه على شيء بنى على الاقل فجعلها اولى ثم يقعد لجواز انها رابعتها ثم يقوم ويصلي ركعة اخرى ويقعد لانا جعلناها في الحكم ثانية والقعدة فيها فرض وذلك الثلث على هذا القياس وان وقع الشك بعد الفراغ من التشهد او بعد السلام حمل على انه اتم الصلوة حملًا لامره على الصلاح وهو الخروج منها على وجه التمام

باب صلوة المريض

ذكر صلوة المريض عقيب سجود السهو لانهما من العوارض السماوية والاول اعم موقعًا لانه يتناول صلوة المريض والصحيح فكانت الحاجة الى بيانه اشد فقدمه اذا عجز المريض بان يلحقه بالقيام ضرر صلى قاعدًا يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين صل قائمًا فان لم تستطع فقاعدًا فان لم تستطع فعلى الجنب يومي ايماء ولذا كان قادرًا على بعض القيام دون تمامه قال ابو جعفر يؤمر بان يقوم مقدار ما يقدر فاذا عجز قعد لان الطاقة بحسب الطاقة وان قدر على القيام متكئًا قال شمس الائمة الحلواني الصحيح انه يصلي قائمًا متكئًا ولا يجزيه غير ذلك وكذلك لو قدر على ان يعتمد على عصًا او كان له خادم لو اتكا عليه قدر على القيام فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدًا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لان الايماء قائم مقام الركوع والسجود فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئًا يسجد عليه لقوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك فان فعل ذلك فاما ان يخفض رأسه للركوع والسجود اولا فان يخفض جاز لوجود الايماء وان لا فلا لعدمه فان لم يستطع القعود استلقى على ظهره ويجعل وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء بالركوع والسجود اذ حقيقة الاستلقاء تمنع الاصحاء عن الايماء فكيف بالمرضى لقوله عليه السلام يصلي المريض الحديث واختلف في معنى قوله عليه السلام فالله تعالى احق بقبول العذر منه فمن قال بسقوط القضاء عنه عند عدم القدرة على الايماء قال احق بقبول عذره دون الاسقاط ومن قال بسقوطه عند ذلك قال احق بقبول عذره بالاسقاط وهو الاصح قوله لما روينا من قبل اه من حديث عمران بن الحصين الا ان الاولى اي الرواية الاولى هي الاولى عندنا لانه لما تعارض حديث عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وكان لاحدهما رجحان العمل بكل منهما الا ان ما ذكرنا اولى لان المعقول معنا فان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة

المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبراى بوضع الاشارة الى هواء الكعبة بنادى الصلوة فان عجز عن الايماء براسه
اخرت عنه قوله لما روينا من قبل اشارة الى قوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم
براسك اقتصر على الراس لانه موضع البيان ولو جاز غيره لبينه قوله ولا قياس على الراس جواب عما يقال ليس هذا
من باب نصب الابدال بالراى بل بالقياس على الراس قوله هو الصحيح احترازا عن قول من يقول الصحيح انه يسقط عنه اصلا
اذا كان العجز اكثر من يوم وليلة وهو اختيار فخر الاسلام وشيخ الاسلام وقاضى خان وغيرهم رحمهم الله
قال في فتاوى قاضيخان وهو الاصح لان مجرد العقل لا يكفى لتوجه الخطاب قال فان قدر على القيام ولم
يقدر على الركوع والسجود وقال زفر والشافعي رحمهما الله اذا قدر على القيام دون الركوع والسجود لم يسقط
القيام لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن ادراك ركن آخر ولنا ان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة فاذا لم
بدونها غير مشروع عبادة بخلاف العكس فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا
لانه اشبه بالسجود فان عند الايماء قاعدا يصير راسه اقرب الى الارض من الايماء قائما فان قيل هذا تعليل على خلاف
النص لان حديث عمران بن الحصين يدل على ان المصير الى القعود انما هو عند العجز عن القيام والمفروض خلافه اجيب
بانه محمول على ما اذا كان قادرا على الركوع والسجود حالة القيام بدليل انه ذكر الايماء في حال ما يصلى على الجنب فدله
على ان المراد بحالة القيام القدرة على الاركان قوله وان صلى بعض صلوته قائما ثم حدث به مرض قوله بناء على
اختلافهم في الاقتداء يعني ان كل فصل يجوز فيه الاقتداء يجوز بناء آخر الصلوة على اولها وهنا وما لا فلا ثم
عند محمد لا يقتدى القائم بالقاعد فكذا لا يبنى في حق نفسه وعندهما القائم يقتدى بالقاعد فكذا يبنى في
حق نفسه ونوقض بما اذا افتتح الصحيح التطوع قاعدا وادى بعض صلوته قاعدا ثم بدا له ان يقوم فقام فصلى
الباقى قائما اجزاه بالاجماع وهذا الاصل المذكور يقتضى ان لا يجوز على قول محمد واجيب بان تحريمة المريض
لم تنعقد للقيام لعدم القدرة عليه وقت الشروع في الصلوة فلم يبن على ما انعقدت له تحريمته واما تحريمة
المتطوع فقد انعقدت للقيام ايضا لقدرته عليه عنده فجاز بناؤه عليه لكونهما متساويين في تحريمته قوله استحسانا
عندهم جميعا يعني العلماء الثلثة فانا لم نعرف فيه خلافا على ما مر ان من اصله جواز اقتداء الراكع بالمومي قوله
وان افتتح التطوع قائما ثم اعيا اي تعب لا باس بان يتوكأ اي يتكي يعني ان من شرع في التنفل ثم اتكى فلا
يخ اما ان يكون بعذر او بغيره فان كان بعذر كالاعياء لا باس به وان كان بغير عذر فقد اختلف المشايخ
فيه فقيل يكره لانه اساءة في الادب الا ترى انه لم يخير المتطوع في الابتداء بينه وبين القيام كما خير بين القيام
والقعود وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قعد جاز عنده ويكره مع كون القعود منافيا للقيام فالاتكاء
الذي لا ينافيه يجوز ولا يكره ويكره عندهما فيكون الاتكاء الذي هو فوقه جائزا مكروها قوله وان قعد يعني
بعدما افتتح قائما بغير عذر يكره بالاتفاق ويجوز الصلوة عنده وعندهما لا يجوز وفي كلامه تسامح لان ما لا
يجوز لا يوصف بالكراهة وقد قال يكره بالاتفاق واجاب الامام حميد الدين الضرير بان المراد من هذا
انه لو صلى ركعة قائما ثم قعد في الثانية لغير الاعياء ثم قام واتم الثانية قائما فان هذه الصلوة جائزة مع صفة
الكراهة وفيه نظر لان صورته اذا كان للاعياء فذلك قعود بعذر والكلام ليس فيه بل يجب ان لا يكون كذلك
وكذا اذا ترك ذكر الاعياء والمسئلة بحالها كما قال بعض الشارحين على تقدير ان يثبت بالنقل ان ذلك مكروه
بالاتفاق لا يجوز اطلاقه على لا يجوز فيها اول المسئلة وكذلك قوله بالاتفاق يخالف قوله قبل هذا لو قعد يجوز

عنه

عنده من غير عذر من غير ذكر كراهة وكذا يخالف اطلاق ما ذكره في باب النوافل ويجوز ان يقال ذكر في مبسوط
فخر الاسلام وجامع ابي المعين انه لو قعد في النفل لا يكره عنده في الصحيح لان الابتداء على هذا الوجه مشروع
بلا كراهة فالبقاء اولى لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فقوله في الصحيح يدل على ان ثمه غير صحيح فالاطلاق
هنا وفي باب النوافل يكون على الصحيح قوله يكره بالاتفاق على غير الصحيح ولعل قوله بالاتفاق وقع سهوا
من الكاتب قال ومن صلى في السفينة قاعدا المصلى بالسفينة اما ان يكون عاجزا عن القيام او لا فان كان
عاجزا جاز ان يصلى قاعدا بالاتفاق وان لم يكن فالسفينة اما جارية او راسية فان كانت السفينة راسية لم يجز
الصلوة قاعدا بالاتفاق وان كانت سائرة جاز عند ابي حنيفة والقيام افضل وقالا لا يجوز وهو القياس لان
القيام مقدور عليه والمقدور عليه لا يترك وله وهو وجه الاستحسان ان الغالب من حال راكب السفينة دوران
الراس عند القيام والغالب كالمتحقق الا ترى ان نوم المضطجع جعل حدثا لان الغالب من حاله ان يخرج منه شيء لزوال
الاستمساك الا ان القيام افضل لبعده عن شبهة الخلاف وينبغي ان يتوجه الى القبلة كيفما دارت السفينة سواء
كان عند الافتتاح او في خلال الصلوة لان التوجه فيها فرض عند القدرة وهنا قادر والخروج افضل ان
امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة على ما بينا آنفا انها اذا كانت راسية لم يجز القعود بالاتفاق وهو
المراد بقوله والمربوطة كالشط قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه ايضا على الخلاف والموثقة باللجج
في لجة البحر وهي تضطرب قيل على وجهين والاصح ان الريح ان كانت تحركها تحريكا شديدا فهي كالسائرة والا
فكالراسية ومن اغمى عليه خمس صلوات او دونها قضى وان زاد على ذلك لم يقض والقياس ان لا يكون عليه القضاء
اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كامل وهو قول الشافعي لتحقق العجز فاشبه الجنون ووجه الاستحسان
ما روى ان عليا اغمى عليه في اربع صلوات فقضاهن وعبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهم اغمى عليه في ثلثة ايام
فلم يقض شيئا والفقه فيه ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير
ان تزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار قوله والجنون كالاغماء جواب عن قياس الاغماء على الجنون على
زعم ان الجنون اذا استغرق وقتا كاملا اسقط القضاء ووجهه ان الجنون كالاغماء ان كان اكثر من يوم وليلة
سقط القضاء والا فلا كذا ذكر ابو سليمان وقد نص عليه في نوادر الصلوة وقوله بخلاف النوم متعلق بقوله
وان كان اكثر من ذلك لم يقض يعني ان النوم وان زاد على يوم وليلة لا يسقط القضاء لان امتداده الى هذا
الحد نادر لا عبرة به فالتحق الممتد منه بالقاصر قوله ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات قال ابو جعفر الزيادة
تعتبر عند ابي يوسف من حيث الساعات وهو رواية عن ابي حنيفة وعند محمد تعتبر من حيث الصلوات ما لم
تصر الصلوات ستا لا يسقط عنه القضاء وان كان من حيث الساعات اكثر من يوم وليلة وانما يظهر ثمرة الخلاف
فيما اذا اغمى عليه عند الضحى ثم افاق من الغد قبل الزوال منه بساعة فهذا اكثر من يوم وليلة من حيث الساعات
فلا قضاء عليه في قول ابي يوسف وعلى قول محمد يجب عليه القضاء لان الصلوات لم تزد على خمس والمذكور في الكتاب
من كون الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد هو المذكور في اصول فخر الاسلام ومبسوط شيخ
الاسلام لمحمد ان التكرار يتحقق به اي بفوات ست صلوات وهو المفضى الى الحرج المسقط للقضاء فيكون الاعتبار
به ولهما وهو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهما الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور

باب سجود التلاوة

وجه تعرض هذا الباب انه يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كان صلوة ...

بعارض من سماوي كالسهو الحق بها المناسبة بها فاخر سجود التلاوة ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه فان قيل
كان الواجب ان يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة اجيب بان التلاوة لما كان سببا
للسماع ايضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفى به وشرطها الطهارة عن الحدث والخبث واستقبال القبلة
وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض وصفتها الوجوب عندنا ومواضعها ما ذكره في الكتاب اربعة عشر في آخر الاعراف
والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى من الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم والانشقاق
والعلق كذا كتب في مصحف عثمان رض وهو المعتمد والشافعي يوافقنا في العدد الا انه يقول في الحج سجدتان وليس
في ص سجدة وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله ان كنتم اياه تعبدون والصحيح انه عند قوله والسجدة الثانية في الحج
للصلاة عندنا وبقوله عند قوله وهم لا يسامون وبذكر من مذهبه احتجاج الشافعي على ان في الحج سجدتين بحديث عقبة
بن عامر رض ان رسول الله صلعم قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأها ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر
قالا سجدة التلاوة في الحج هي الاولى والثانية سجدة الصلاة ويتضح قرانها بالركوع في قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا
اركعوا واسجدوا وتاويل ما روى فضلت بسجدتين احديهما سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلاة واستدل الشافعي
على ان السجدة في ص سجدة شكر بما روى انه عم تلا في خطبة سورة ص فتشزن الناس اي تهيأوا للسجود فقال عليه السلام
انها توبة نبي وقد قال عم سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة تلاوة اذا من عبادة
يأتي بها العبد الا وفيها معنى الشكر وقد روي انه عم سجدها في خطبة فدل على انها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها
ولم يسلم انه لم يسجدها في خطبة فذلك كان تعليما لجواز تاخيرها وقد روي ان رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رأيت فيما
يرى النائم كاني اكتب سورة ص فلما انتهيت الى موضع السجدة سجد الدواة والقلم فقال عليه السلام نحن احق بها من
الدواة والقلم فامر حتى تليت في مجلسه وسجدها مع الصحابة قوله وهو المأخوذ للاحتياط لانها ان كانت عند الآية
الثانية لم يجز تعجيلها وان كانت عند الاولى جاز تاخيرها وقد روي ان رجلا من الصحابة قال يا رسول الله الى الآية الثانية
فكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين قال والسجدة واجبة في هذه المواضع كلها ذهب الشافعي الى ان السجدة
في هذه المواضع سنة لما روى ان زيد بن ثابت رضي الله عنه قرأ سورة النجم بين يدي رسول الله صلعم فلم يسجدها ولا سجد
لها النبي عم فدل على انها لم تكن واجبة وقلنا هي واجبة على التالي والسامع قصد سماع القرآن او لم يقصد وانما قيد
بهذا لان في بعض الفاظ الآثار السجدة على من جلس لها وفيها ايهام ان من لم يجلس لها فليست عليه فقيد بذلك دفعا لذلك
والدليل على وجوبها قوله عليه السلام السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وعلى كلمة ايجاب وهو اي الحديث غير مقيد
بالقصد واعترض بانها لو كانت واجبة لما اديت في سجدة الصلاة بركوعها ولما تداخلت ولما اديت بالايماء من يركب
بعذر على النزول واجيب بان اداءها في ضمن شيء لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي الى الجمعة يتأدى بالسعي الى التجارة
وانما جاز التداخل لان المقصود منها اظهار الخضوع والخشوع وذلك يحصل بمرة واحدة وجواز ادائها بالايماء
حين قرأها راكبا لانه اداها كما وجبت فان تلاوته على الدابة مشروع فيما يجب بها السجدة وكان كالشروع على الدابة في
التطوع والجواب عن تمسكه ان الاحتجاج به انما يتم اذا ثبت انه صلعم لم يسجد تلك السجدة حتى خرج من الدنيا فاما لم
نقل بوجوبها على الفور فيجوز ان يكون سجدها في وقت آخر واعلم ان صاحب النهاية قال جعل هذا اللفظ يعني قوله السجدة
على من سمعها الحديث في سائر النسخ من المبسوط والاسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير من الفاظ الصحابة لا من الحديث
ولو لم يكن النص ممن لم يطلع الكتب المذكورة ظني انه ثبت عنه كونه حديثا لما اعتقد حديثا فان نزع اعظم دراية من ان يرثم

بعد ذلك

بعد ذلك وقوله واذا تلى الامام السجدة قوله لان السبب قد تقرر ولا مانع وكل ما تقرر مقتضيه وانتفى مانعه تحقق
لا محالة بخلاف حالة الصلاة فان المانع موجود لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة ان سجد التالي اولا وتابعه
التالي فان التالي امام السامع فيجب ان يتقدم سجود التالي فالامام التالي كذا ان امنا لو سجدت لسجدنا فان قيل
هذه ليست بمتابعة حقيقة لجواز ان يسجد التالي دون الامام او بالعكس فالجواب ان في ذلك مخالفة الامام وهي مفسدة
فلم يتمكن بها لكون ذلك مفروغا عنه في عدم الجواز ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لان المحجور هو الممنوع عن
التصرف على وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه من جهة غيره والمقتدي بهذه الصفة لانه ممنوع عن القراءة والقراءة
تنفذ عليه من جهة امامه فان من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة
حكم تصرفه الذي هو القراءة فلا يثبت وقوله بخلاف الحائض جواب عما يقال المقتدي في كونه ممنوعا عن القراءة كالحائض
والجنب والسجدة تجب على من سمعها فكذا على من سمع المقتدي ووجهه انهما منهيان عن القراءة والتصرفات المنهي عنها
ينعقد لحكمها لما عرف من اصلنا ان النهي عن الافعال الشرعية لا يعدم المشروعية فان اختلج في ذهنك ان
القراءة فعل حسي فالنهي عنه يعدم المشروعية فعليك بتقريرنا في تقرير نجده لم يبق اليه فان قيل لو كان كذلك
لوجب على الحائض بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب اجاب بامحاء انما لم يجب عليها لانعدام اهلية الصلاة
وذلك لان السجدة ركن من الصلاة والحائض لا يلزمها الصلاة مع تقرر السبب فلا يلزمها السجدة ايضا
بخلاف الجنب فان الصلاة يلزمه فكذلك السجدة قوله ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها يعني بالاتفاق
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه على الاختلاف لا يسجدها عندهما ويسجد عند محمد وجه الصحيح ما ذكره
الحجر ثبت في حقهم لان علة الحجر هي الاقتداء وهو مختص بهما فلا يعدوهما ورد بان المقتدي اما ان يكون
محجورا او لا والاول يستلزم شمول العدم والثاني شمول الوجوب والجواب انه محجور بالنسبة الى من هو في حق
علة الحجر وغير محجور بالنسبة الى من لم يوجد وهو الخارج وان سمعوا وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة
لم يسجدوها في الصلاة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلاة لان افعال الصلاة
اما ان يكون فرضا او واجبا او سنة وهذا السماع ليس بشيء من ذلك وما ليس من افعال الصلاة لا يجوز ادخاله في
فيها لكنهم يسجدونها بعدها لتحقق سببها وهو السماع ممن ليس بمحجور ولو سجدوها في الصلاة لم يجزهم ولم تفسد
صلوتهم في ظاهر الرواية اما عدم الجواز فلانه اي فلان هذا السجود ناقص لان النهي وهو منع الشرع عن ادخال
ما ليس من افعال الصلاة فيها فلا يتأدى به الكامل وهي السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور فانها وجبت كاملة لانه
ناقصا ورد بانا لا نسلم انها وجبت كاملة فانها وجبت في وقت كان تغير افعال الصلاة بافعالها حراما فكانت كالعصر
في وقت الاصفرار وجبت ناقصة فيتأدى ناقصة والجواب ان الوقت لو كان سببا لها كان الامر كما
ذكرت لكنه ليس كذلك بل سببه ما ذكرنا ولا تعلق له بالوقت واعادوها لتقرر سببها وهو ما ذكرنا واما عدم فساد
الصلاة فلان الفساد انما يكون بتركها او باتيان ما ينقضها ولم يتركها وما اتوا بما ينقضها لان مجرد السجدة
لا ينافي احرام الصلاة لانها في ذاتها من افعال الصلاة وذكر في النوادر انها تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس
منها فقيل ما ذكر في النوادر قول محمد وهو جواب القياس وما ذكر ههنا قولهما وهو جواب الاستحسان بناء
على ان زيادة ما دون الركعة لا يفسد عندهما وعلى قوله زيادة السجدة تفسد وهذا الاختلاف بناء على اختلاف
في سجدة الشكر فعند محمد السجدة الواحدة عبادة مقصودة ولهذا حكم بان سجدة الشكر مسنونة فتفسد بزيادتها

في واجب قبل اكمال فرضه وعند ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف انها غير مسنونة والسجدة الواحدة
بمنزلة الركعة في كونها ركنا فكان الصلوة غير مستقلة عبادة فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة
فدخل معه فاما ان دخل بعدما سجدها الامام او قبله فان كان الاول لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها
اى للسجدة بادراك تلك الركعة وهذا يشير الى انه لو ادرك الامام في الركعة الاخرى لم يصر مدركا للسجدة فينبغي
ان يسجدها خارج الصلوة لانه لما لم يدرك الركعة لم يكن مدركا للقرآءة ولا لما تعلق بها من السجدة وقال الامام
العتابي واشارة في بعض النسخ الى انها يسقط عنه لانها صارت صلوتية وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا
ادرك الامام في ركوع صلوة العيدين فان عليه ان يأتي بالتكبيرات ولم يصر مدركا لها بادراك الركعة
في الركوع واجيب بان الادراك الحقيقي ممكن لان ما هو من جنسها وهو تكبيرة الركوع يؤتى به في حالة الركوع
فالحق بتكبيرات العيد به واذا كان الادراك الحقيقي ممكنا لا يصار الى الادراك الحكمي بخلاف سجدة التلاوة
فانه ليس من جنسها ما يؤتى به في حالة الركوع ليكون حقيقة الادراك ممكنة فصير الى الحكمي وان كان الثاني
سجدها معه لانه لو لم يسمعها بان اخفاها الامام سجدها معه فهنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وهو
التلاوة عمن ليس بمحجور عليه او السماع من تلاوة صحيحة على اختلاف المشايخ قيل ينبغي ان لا يسجد لان
الصحيح ان التلاوة هي السبب في حق السامع ايضا وكانت في الصلوة فكانت السجدة صلوتية فلا تقضى خارجها
واجيب بانهم لما اختلفوا في كون التلاوة سببا في حقه او السماع وجبت السجدة احتياطا لانا ان نظرنا
الى التلاوة لا يلزمه السجدة وان نظرنا الى السماع تلزمه خارج الصلوة فامرنا بها خارجها احتياطا قوله
وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة ضابط كلي ينسحب على الفروع الداخلة
تحته ودليله ما ذكره بقوله لانها صلوتية ومعنى الصلوتية ان يكون التلاوة الموجبة لها من افعال الصلوة
ولها مزية الصلوة فكان وجوبها كاملا وما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل ان هذا
الكلي منقوض بما اذا سمعوا وهم في الصلوة ممن ليس معهم في الصلوة فانها سجدة وجبت في الصلوة ويسجدونها
بعدها كما تقدم والثاني ما قيل ان قوله فلم يسجدها فيها غير مقصود لانها تؤدى بسجدة الصلوة وان لم ينو والثاني
ما قيل ان التانيث في حذف التنبيه فالصواب صلوتية واجيب عن الاول بان تقديره وكل سجدة صلوتية واجبة في
الصلوة فيظهر لان قوله وجبت في الصلوة اما ان يكون صفة مميزة وما تميز بها يميزها عنها لان كل سجدة صلوتية
واجبة في الصلوة او صفة كاشفة وعاد السؤال او غيرهما من التاكيد وللمدح والذم والمقام لا يقتضيه فالحق
ان يقال تقديره وكل سجدة عن تلاوة وجبت في الصلوة اى ثبت وعن الثاني بان سجدة التلاوة انما تتأدى
بسجدة الصلوة اذا قرأ آية السجدة وسجدها اما اذا لم يسجد على الفور حتى قرأ بعدها ثلث آيات ثم ركع او سجد
للصلوة ينوي بها سجدة التلاوة فلم يجز لانها صارت دينا عليه بفوات وقتها فلا يتأدى في ضمن الغير ورد
بان وقتها موسع فمتى سجد كان اداء لا قضاء واجيب بان ذلك عند محمد وفي رواية عن ابي حنيفة
وعند ابي يوسف وفي رواية عن ابي حنيفة ان وجوبها على الفور لا التراخي فيجوز ان يكون الجواب على
ذلك وعن الثالث بانه خطأ مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر قال ومن تلا سجدة
فلم يسجدها هذا لبيان التداخل في سجدة التلاوة اى ومن تلا آية السجدة خارج الصلوة ولم يسجدها حتى
دخل في الصلوة فاعادها اى تلك الآية ولم يتبدل مجلس الصلوة عن مجلس التلاوة وسجد في الصلوة

اجزأته السجدة التي سجدها عن التلاوتين لان الثانية لكونها صلوتية اقوى فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد
سجدة اخرى بعد الفراغ من الصلوة لان الصلوتية ان كانت اقوى فللاولى ايضا قوة السبق فاستويا فلا يكون
احديهما اولى بالاستتباع وجواب ظاهر الرواية ان للثالثة بعد التساوي قوة اخرى وهو الاتصال بالمقصود
اى اتصال التلاوة بما هو المقصود اى الحكم وهو السجدة من جهتها فاستتبعت وعورض بان الحاق الاولى
بالثانية خلاف موضوع التداخل لان السابق فيه معنى والمضمحل فكيف يكون ملحقا باللاحق واجيب بان
السابق قد يكون تبعا اذا كان اللاحق اقوى كالسنة قبل الفريضة قوله وان تلاها يعني خارج الصلوة
فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها اى تلك الآية وجب عليه ان يسجد لها لان الثانية هي المستتبعة لما قلنا انها
لكونها صلوتية اقوى واذا كانت مستتبعة لا وجه لالحاقها اى السجدة المفعولة بالاولى اى التلاوة الاولى
لانها ان الحقت بها وهي تابعة للثانية كانت السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية وذلك تؤدي الى سبق الحكم قبل السبب
فتبين ان التداخل في هذه الصورة متعذر فيجب سجدة ثانية للتلاوة الثانية واياك ان ترد ضمير الحاقها
الى التلاوة الثانية كما فعل بعض الشارحين واعترض على المصنف فانه فاسد فتأمل وفيه بحث وهو ان
الصلوتية انما رجحت في المسئلة الاولى باتصال المقصود وهنا مع الاولى السبق والاتصال بالمقصود ومع
الثانية كونها صلوتية فقط فانى يستتبعها ويمكن ان يجاب عنه بان المصير الى الاتصال انما كان على وجه التنزل
عن النص والا فكونها صلوتية اقوى من السبق فلا يتساويا والسبق الا ترى انه اذا قهقه فيها انتقض الوضوء
دون غيرها وبالنظر الى ذلك تم الدليل قال ومن كرر تلاوة سجدة واحدة ذكر مسئلة وبين التداخل
وقال والاصل ان مبنى السجدة على التداخل يعني في الاستحسان والقياس ان يجب لكل تلاوة سجدة سواء
كانت في مجلس واحد او لم تكن لان للسجدة حكم التلاوة والحكم يتكرر بتكرر السبب وجه الاستحسان ما ذكره
بقوله دفعا للحرج وذلك ان المسلمين محتاجون الى تعليم القرآن وتعلمه وذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالا
التكرار في السجدة يفضي الى الحرج لا محالة والحرج مدفوع وقد صح ان جبريل صلوات الله عليه كان ينزل
بآية السجدة على رسول الله عليه السلام ويكررها عليه وكان رسول الله عليه السلام يسجد لها مرة واحدة فعلينا التحري
التداخل دفعا للحرج ثم التداخل اما ان يكون في السبب او في الحكم والاليق بالعبادات الاول وبالعقوبات الثاني
وذلك لان التداخل اذا كان في الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية على تعددها فيلزم وجود السبب الموجب
للعبادة بدونها وفي ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب فيها ليكون جميعها بمنزلة
سبب واحد ترتب عليه حكم اذا وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس واما العقوبات فليس مما يحتاط فيها بل
في درئها فيصلح التداخل في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافا الى عفو الله وكرمه فانه هو الموصوف
بشيوع العفو وكمال الكرم وثمرة ذلك تظهر فيما اذا تلا آية سجدة في مكان فسجدها ثم تلاها فيه مرات فانه
يكفيه تلك السجدة المفعولة اولا ولو لم يكن التداخل في السبب لكان التلاوة التي بعد السجدة سببا وحكمه
قد تقدم وذلك لا يجوز قوله وامكان التداخل اى الامكان الشرعي بيان لدليل الجمع وهو اتحاد المجلس
لكونه جامعا للمتفرقات الا ترى الى شطري العقد يجمعهما المجلس وان تفرقا بالاقوال فاذا اختلف عاد
الحكم الى اصله وهو وجوب التكرار لعدم الجامع فان قيل ما بال الجامع لم يجمع بين الآيات في مجلس كما جمع بين
المرات فيه قلنا لعدم الحرج فان آيات السجدة محصورة والغالب عدم تلاوة الجميع في مجلس التكرار للتعليم

فانه ليس بمقصود ويتفق في مجلس ثم اختلاف المجلس انما يكون بالذهاب عنه بعيدًا قال محمد رح ان كان
مشى بحيث امر عرض المسجد وطوله فهو قريب وقيل ان مشى خطوتين او ثلثا فهو قريب وان كان اكثر من ذلك
فهو بعيد ولا يختلف بمجرد القيام لانه مستحسن في الاتيان بالسجدة لان الخرور الوارد في القرآن سقوط من
القيام بخلاف المخيرة فان خيارها يبطل بمجرد القيام لكونه دليل الاعراض فان من خيره امرء وهو قائم فقعد
لكون القعود اجمع للرأي فاذا قامت دل على الاعراض والخيار يبطل بالاعراض صريحًا ودلالة وفي تسدية
الثوب يتكرر الوجوب وكلامه واضح وقال صاحب النهاية وبهذا اللفظ يعني قوله وفي المنتقل من غصن
الى غصن كذلك في الاصح وكذلك في الدياسة يدل على ان اختلاف المشايخ في المنتقل من غصن الى غصن و
الدياسة لا في تسدية الثوب لانه قطعها بالجواب من غير تردد ثم شبه جواب الثاني بذكر الاصح به وليس بواضح
لجواز ان يكون قوله في الاصح متعلقا بالمسئلتين جميعا قوله للاحتياط يجوز ان يكون وجه الاصح في الصور
الثلثة المذكورة ووجهه انه بالنظر الى اتحاد الفعل واتحاد اسم المجلس لا يتبدل المجلس فلا يتكرر الوجوب
فقلنا بالتكرار للاحتياط قوله ولو تبدل مجلس التالي واضح وقوله على ما قيل يعني به قول فخر الاسلام
ان مجلس التالي اذا تكرر دون السامع يتكرر الوجوب على السامع لان الحكم يضاف الى السبب وكان
اختار ان السبب هو التلاوة والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا يعني ان السبب في حقه
السماع وكان مجلسه متحدا وهو قول الاسبيجابي قيل وعليه الفتوى ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد
ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة الصلوة وفي قوله اعتبارا بسجدة الصلاة اشارة الى ان التكبير فيها
كما في المشبه به وفي قوله ولم يرفع يديه احتراز عن مذهب الشافعي فان صفتها عنده ان يرفع يديه نافيا
ثم يكبر للسجود ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ويسلم ولم يذكر ما ذا يقوله في السجود وقيل يقرأ فيها سبحان ربنا
ان كان وعد ربنا لمفعولا والاصح ان يقول فيها ما يقوله في سجدة الصلوة وان لم يذكر شيئا لم يضره لانها لا تكون
اقوى من سجدة الصلوة ولو لم يذكر فيها شيئا جاز فكذلك هذه قوله ولا تشهد عليه ولا سلام نفي لقول بعض
اصحاب الشافعي الذين لم ياخذوا بقوله وقالوا ان فيها تشهدا وسلاما قوله لان ذلك اي التشهد والسلام
للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة فان قيل لا نسلم انها معدومة لانه قال كبر والتكبير للتحريم
اجيب بانه ليس كل تكبير للتحريم الا ترى تكبير السجود فانه ليس للتحريم وهذه السجدة لما اشبهت سجدة الصلوة
سن فيها التكبير للمشابهة قوله لانه يشبه الاستنكاف يعني ان الاستنكاف حرام لانه كفر فيكون ما يشبهه
مكروها قوله شفقة على السامعين قال في المحيط الا ان كان التالي وحده فيقرأ كيف شاء من جهر واخفاء
وان كان معه جماعة قال مشايخنا ان كان القوم متهيئين للسجود ويقع في قلبه انه لا يشق عليهم اداء السجدة
ينبغي ان يقرأ جهرا حتى يسجد القوم معه لان في هذا حثا لهم على الطاعة وان كانوا محدثين او وقع في قلبه انه
يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرأها في نفسه ولا يجهر تحرزا من تأثيم المسلم وذلك مندوب اليه ٥

باب صلوة المسافر

لما كان السفر من العوارض المكتسبة ناسب ان يذكر مع سجدة
التلاوة لان التلاوة ايضا كذلك وتؤخر عنها لانها عبادة دونه والسفر في اللغة قطع المسافة وليس يراد هنا
بل المراد قطع خاص وهو ان يتغير به الاحكام فقيده بذلك وذكر القصد وهو الارادة الحادثة مقارنا لما عزم عليه
لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلثة ايام لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك فكان المعتبر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها ه

في حق تغير الاحكام اجتماعهما فان قيل الاقامة تثبت بمجرد النية فما بال السفر وهو ضدها لم يكن كذلك اجيب بان السفر
فعل ومجرد القصد لا يكفي فيه والاقامة ترك وهو يحصل بمجرده وسيجيء نظيره في كتاب الزكاة في العبد للخدمة ينوي ان يكون
للتجارة وعكسه ان شاء الله تعالى والاحكام التي يتغير بالسفر هي قصر الصلوة واباحة الفطر وامتداد مدة المسح الى
ثلثة ايام وسقوط وجوب الجمعة والعيدين والاضحية وحرمة الخروج على الحرة بغير محرم فان قيل لو كان القصد
لا يتقيد للتغير لكذلك بمجاوزة بيوت مصره لم يذكره اجيب بانه بصدد بيان تعريف السفر وما ذكره من شرط تغير
وسنذكره قوله سير الابل بالنصب بدل من قوله مسيرة ثلثة ايام قوله عم الرخصة الجنس ومن ضرورة عموم التقدير
معناه ان الالف واللام في قوله والمسافر للجنس لعدم معهود فيكون الرخصة وهو المسح عاما بالنسبة الى من هو من
هذا الجنس وذلك يستلزم ان يكون التقدير بثلثة ايام ايضا عاما بالنسبة الى ذلك والا لكان فيهم صادقا
وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلثة ايام ولياليها ويلزم الكذب المحال على الشارع ان كانت الجملة خبرية معنى ايضا
او عدم الامتثال للامر ان كانت طلبية معنى وذلك لا يجوز فاعترض بوجهين احدهما ان هذا انما يلزم ان لو كان
ثلثة ايام ظرفا ليمسح وهو لا يجوز ان يكون ظرفا للقول والمسافر حتى يكون معناه والمسافر ثلثة ايام ولياليها يمسح
وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فيجوز ان يكون المسافر يوما وليلة او اقل يمسح بدليل آخر وهو ما روي
عن ابن عباس ان النبي عم قال يا اهل مكة لا تقصروا في ادنى من اربعة برد من مكة الى عسفان والثاني ان ذلك
الظاهر لانه ظاهر يقتضي استيفاء مدة ثلثة ايام ولياليها وذلك ليس بشرط بالاتفاق والجواب عن الاول
ان راوي الحديث عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف عند النقلة جدا حتى كان سفيان يرميه بالكذب فبقي قوله يمسح
المسافر يوما وليلة قولا بلا دليل سلمناه ولكن لا يجوز ان يكون ثلثة ايام ظرفا للمسافر والا لكان في قوله يمسح
المقيم يوما وليلة كذلك فكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحدا في بعض الصور وفي ذلك التسوية بين حكم
الراحة والمشقة وهو خلاف موضوع الشرع وعن الثاني بان النزول للاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل مدة
السفر تيسيرا وقدره ابو يوسف رح وهو رواية المعلى عنه بيومين واكثر اليوم الثالث لان الانسان قد يسافر مسيرة
ثلثة ايام فيعجل السير فيبلغ قبل الوقت بساعة فلا يعتد بذلك والشافعي رح قدره في قول بيوم وليلة وذهب في ذلك
على ذلك بحديث عبد الوهاب وكفى بالسنة يعني بما روينا حجة عليهما قوله وهو قريب من الاول اي التقدير بثلثة مراحل
قريب الى التقدير بثلثة ايام لان المعتاد في السير في كل يوم مرحلة خصوصا في اقصر ايام السنة قوله هو الصحيح
احتراز عن قول عامة المشايخ فانهم قدروها بالفراسخ ثم اختلفوا فقال بعضهم احد وعشرون فرسخا وقال
آخرون ثمانية عشر وآخرون خمسة عشر قوله ولا يعتبر السير في الماء يعني اذا كان لموضع طريقان احدهما في الماء
يقطع بثلثة ايام ولياليها اذا كانت الريح عادية والثاني في البر يقطع بيوم او يومين لا يعتبر احدهما بالآخر
فان ذهب الى طريق الماء قصر وان ذهب الى طريق البر اتم ولو انعكس انعكس الحكم واما المعتبر في البحر فما يليق بحاله
يعتبر السير فيه ثلثة ايام ولياليها بعد ان كانت الريح مستوية لا ساكنة ولا غالبة كما في الجبل فانه يعتبر ثلثة ايام
ولياليها في السير فيه وان كانت تلك المسافة في السهل يقطع بما دونها قال وفرض المسافر في الرباعية
ركعتان القصر فيه حتى المسافر رخصة اسقاط عندنا وربما عبر بعض المشايخ فيه بالعزيمة ورخصة ترفيه عند الشافعي
فيتخير فيها كما في الصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذه آية النافلة وهو ظاهر قوله
بخلاف الصوم جواب عن قياس الخصم بان الصوم يقضى يعني ان ترك الشيء بلا بدل واثم علامة كونه نافلة وما ذكره من

بدل لهو القضاء فلا يرد علينا وفيه بحث من وجهين احدهما ان هذا تعليل في مقابلة النص لان الله تعالى
فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلوة ولفظ لا جناح يذكر للاباحة دون الواجب ولان النبي عليه السلام
سماه صدقة والمتصدق عليه بالخيار في القبول وعدمه والثاني ان الفقير لو لم يحج ليس عليه قضاء ولا اثم واذا
حج كان فرضا فلم يكن ما ذكرتم آية النافلة والجواب عن الاول ان النص مشترك الالزام اما الآية فلان الله تعالى
قال ان تقصروا من الصلوة ان خفتم علق القصر بالخوف وهو ليس بشرط لقصر ذات الصلوة بالاتفاق ولا بد
من ان يكون متعلقا بقصر الاوصاف من ترك القيام الى القعود وترك الركوع او السجود الى الايماء بخوف
عدو وغيره وعندنا قصر الاوصاف عند الخوف مباح لا واجب واما الحديث فلان التصدق بما لا يحتمل
من غير مفترض الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص اسقاط محض لا يرتد بالرد فلان يكون من مفترض الطاعة
اولى وعن الثاني بانه انما لم يكن صار مستطيعا يفترض عليه ويأثم بتركها كالاغنياء قوله وان صلى اربعا
قوله وانه قعد في الثانية قدرها اى قدر قعدة التشهد بطلت صلوته لاختلاط النافلة بها قبل اكمالها لان
القعدة الاخيرة ركن وقدمنا ما قيل احتياج صلوة المسافر الى القراءة كاحتياجها الى القعدة واذا لم
يقرأ في الركعتين وقام الى الثالثة ونوى الاقامة وقرأ في الاخريين جازت صلوته عندهما خلافا لمحمد فكيف
تبطل بترك القعدة واجيب بان كلامنا فيما اذا لم يقعد في الاولى واتم اربعا من غير نية الاقامة فيكون
فيه اختلاط النافلة بالفرض قبل اكماله وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه اذا نوى الاقامة قد صار فرضه اربعا
وصار قراءة في الاخريين قراءة في الاوليين والقعدة الاولى لم يبق فرضا وانما يصير مسافرا يقصر الصلوة
اذا فارق بيوت المصر من الجانب الذي يخرج منه وان كان في غيره من الجانب بيوت لان السفر ضد الاقامة
والشيء اذا تعلق بشيء تعلق بضده وحكم الاقامة وهو الاتمام لما تعلق بهذا الموضع تعلق حكم السفر
بالمجاوزة منه وفيه الاثر عن علي رضي الله عنه روى انه خرج من البصرة يريد الكوفة وقت الصلوة فاتمها ثم نظر الى خص امامه
وقال لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا والخص بيت من قصب واختلفوا في قدر الانفصال عن المصر فقال
الامام المرغيناني الاشتراط ان يكون مقدار غلوة واعترض بان صلوة الجمعة والعيدين يجوز اقامتها في فناء
من المصر فان كان هذا الموضع من المصر كيف جاز القصر وان لم يكن منه فكيف جازت هذه الصلوات واجيب
بان فناء المصر انما يلحق به فيما كان من حوائج اهله وقصر الصلوة ليس منها ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي
في بلدة او قرية خمسة عشر يوما قوله او اكثر لا بد وان ينوي اقل من ذلك قصر عندنا وقال الشافعي في قول
اذا نوى اقامة اربعة ايام صار مقيما وفي قول آخر صار مقيما وان لم ينو واحتج للاول بقوله تعالى واذا ضربتم
في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلوة علق القصر بالضرب في الارض ومن نوى الاقامة فقد
ترك الضرب والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه الا انا تركنا ما دون ذلك بدليل الاجماع وللثاني بقول
عثمان من اقام اربعا اتم ولم يذكر النية وليس بصحيح لان ترك الضرب يحصل بنية ثلثة ايام ايضا والاجماع على
عدم جوازها في الاربعة كالاجماع على ما دونها ذكره الطحاوي وقد روي عن عثمان رضي الله عنه خلاف ذلك
فلا يكون حجة ولنا ما ذكره انه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان
موجبتان فان مدة الطهر يوجب اعادة ما سقط بالسفر فكما قدر ادنى مدة الطهر بخمسة عشر يوما فكذلك
يقدر ادنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا ادنى مدة الحيض والسفر بثلثة ايام لكونهما مسقطين وهو اى التقدير

بمدة

بمدة الطهر بالاثر روى مجاهد عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما انهما قالا اذا دخلت بلدة وانت مسافر وفي نفسك ان
تقيم بها خمسة عشر فاكمل الصلوة وان كنت لا تدري متى تظعن فاقصر والاثر في مثله من المقدرات الشرعية كالخبر
المروي عن رسول الله صلعم لان العقل لا يهتدي الى ذلك وحاشاهم عن الجزاف فكان قولهم معتمدا على السماع
لا يقال كلامه متناقض لانه اعتبرها اولا بمدة الطهر وذلك رأي منه ثم قال والاثر في مثله كالخبر لانا لا نعقل
المقدرات كالخبر لان ذلك اظهار معنى بعد ثبوت اصله بالاثر لا اثبات ذلك بالرأي لانه لا مدخل له فيه وهو
وهو الظاهر من الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف ان الرعاة اذا نزلوا موضعا كثير الكلاء والماء
الاقامة خمسة عشر يوما والماء والكلاء يكفيهم تلك المدة صاروا مقيمين وكذلك اهل الاخبية وقالوا نية
الاقامة في المفازة انما لا تصح اذا سار ثلثة ايام بنية السفر فاما ما قبل ذلك فيصح لان السفر لما لم يتم
كانت نية الاقامة نقضا للعارض لا ابتداء علة واذا سار ثلثة ايام ثم نوى كان ابتداء ايجاب فلا يصح الا
في محله ذكره فخر الاسلام في اصوله في العوارض المكتسبة وقوله ولو دخل مصرا فاصح واذ يتحقق بيع
الصوم والرأي وسكون الفال للحجة وقوله وعن جماعة مثل ذلك روي عن سعد بن ابي وقاص انه اقام
بقرية من قرى نيسابور شهرين وكان يقصر وكذلك علقمة بن قيس رضي الله عنه اقام بخوارزم سنتين يقصر الصلوة
وكذلك روي عن ابن عباس رضي الله عنه لا يقال هذا مخالف لقوله تعالى واذا ضربتم في الارض على ما مر من التقدير
المراد بقصر الصفات كما تقدم قوله واذا دخل العسكر ارض الحرب حاصل معناه ان نيتهم لم تصادف
لان محلها هو ما يكون محل قرار وليس كذلك وهذا دائر بين القرار والفرار كما ذكر في الكتاب فلم يكن دار اقامة ويعضده
ما روى جابر بن عبد الله ان رسول الله صلعم اقام بتبوك عشرين يوما يقصر الصلوة وقوله وكذا اذا حاصروا
اهل البغي في دار الاسلام كان ينبغي ان يصح النية وكذا اذا حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم
ليشير الى ان المحل وان كان صالحا للنية لكن ثم مانعا آخر وهو انهم انما يقيمون لغرض فاذا حصل
انزعجوا فلا يكون نيتهم مستقرة وهذا التعليل يدل على ان قوله في غير مصر قوله في الرواية بقيد حتى
لو نزلوا مدينة اهل البغي وحاصروهم في الحصن لم تصح نيتهم ايضا لان عزيمتهم كالمفازة عند حصول
المقصود لا يقيمون فيها وقوله في الوجهين اي في محاصرة اهل الحرب واهل البغي قوله لانه موضع اقامة اي
بيوت المدر وذكر الضمير لان الخبر مذكر وفرق ابو يوسف بين الابنية والاخبية بان موضع الاقامة
والقرار هو الابنية دون الاخبية ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم اهل الاخبية مختلف فيها فقيل لا
لا تصح ابدا لانهم ليسوا في موضع الاقامة والاصح انهم مقيمون روي ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة للرجل
اصل والسفر عارض يحصل بقصد الانتقال الى المكان بينه وبينه مدة السفر وهم لا يقصدون ذلك وانما
ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى وكانوا مقيمين ابدا قال وان اقتدى المسافر بالمقيم بين
ههنا حكم اقتداء المسافر بالمقيم وعكسه والاول يجوز اذا كان في الوقت ولا يجوز بعد خروجه والثاني يجوز
في الوقت وبعد خروجه وعلى هذا اذا اقتدى مسافر بمقيم في الوقت اتم صلوته اربعا لانه التزم المتابعة
فرض الاربع ومن التزم المتابعة لمن فرضه الاربع يتغير فرضه الى الاربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة
فيكل على تغير فرضه بالتبعية بقوله للتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك لقوله لاتصال المغير بالسبب
الوقت قلت ذلك تعليل المنبه عليه ومعناه ان الجامع موجود وهو اتصال المغير بالسبب الذي هو الوقت

كما ان المغير في الثاني هو نية الاقامة وهو اتصل بالسبب وان اقتدى به في غيره لم يجز لعدم اتصال المغير كما اذا نوى الاقامة
بعد الوقت وانما قال وان دخل معه في فائتة ولم يقل وان اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليه ما اذا دخل مسافر
في صلوة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت فانها لم تفسد وقد وجد الاقتدآء بعده لان الامام لزمه بالشروع
مع الامام في الوقت فالتحق بغيره من المقيمين واعترض بان المتابعة لو استلزمت الاتمام لوجب على مسافر اقتدى
بمقيم فاحدث المسافر واستخلف المقيم ان يتم صلوته اربعا لانه صار متابعا للمقيم وليس كذلك فانه
فرض لا يتغير واجيب بان الاعتبار في ذلك للاقتدآء والمسافر كان فيه متبوعا لا تابعا قوله فيكون
اقتدآء المفترض نتيجة ما قبله وتقديره انه لا يتغير بعد الوقت واذا لم يتغير كان اقتداؤه عقدا لا يفيد
موجبه لاستلزامه احد المحذورين لانه لو سلم عن الركعتين كان مخالفا لامامه وهو مفسد ولو اتم اربعا
خلط النفل بالمكتوبة قصدا والقعدة الاولى فرض في حقه نفل في حق الامام وكذلك القراءة في الاخريين
فيكون اقتدآء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ان اقتدى به في اول الصلوة او القراءة ان اقتدى به
في الشفع الثاني وكلمة او لعناد الخلو دون مانعة الجمع لجواز اجتماعهما وذلك ايضا مفسد واعترض بوجهين
احدهما ان الامام لو نسي القراءة في الشفع الاول وقضاها في الشفع الثاني ينبغي ان يجوز في هذه
الصورة اقتدآء المسافر بالمقيم وان كان بعد خروج الوقت لكون القعدة فرضا على الامام ايضا
كالمقتدي والثاني ان اقتدآء المتنفل بالمفترض في الشفع الثاني جائز مع ان القراءة على المفترض نفل
وعلى المتنفل فرض فكان اقتدآء المفترض بالمتنفل واجيب عن الاول بان القضاء يلتحق بمحل الاداء
فيبقى الشفع الثاني خاليا عن القراءة فكان بناء الموجود على المعدوم وذلك لا يجوز وعن الثاني بان صلوة
المتنفل اخذت حكم الفرض تبعا لصلوة الامام ولهذا لو افسد المتنفل صلوته بعد الاقتدآء وجب قضاء ما اداه
وان اقتدى المقيمون بمسافر صلى بهم ركعتين وسلم واتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة
في الركعتين وقد ادى ما التزم ولم يتم صلوته فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرا في الاصح احترازا
عما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون لانهم منفردون فيه ولهذا يلزمهم سجود السهو اذا سهوا فيه
فاشبهوا المسبوقين ووجه الاصح ما ذكره في الكتاب انه مقتد تحريمة لا فعلا يعني في الشفع الثاني اما انه
مقتد تحريمة فلانه التزم الاداء معه في اول التحريمة واما انه ليس بمقتد فعلا فلان فعل الامام قد فرغ بالسلام
على راس الركعتين وكل من كان كذلك فهو لاحق ولا قراءة على اللاحق لانه بالنظر الى كونه مقتديا تحريمة حرم
عليه القراءة وبالنظر الى كونه غير مقتد فعلا يستحب له القراءة لان فرض القراءة صار مؤدى فاذا دارت
بين كونها حراما ومستحبا فكان الاحتياط في الترك ترجيحا للتحريم بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة تحتها
في الاخريين لان الكلام فيه فالنظر الى كونه مقتديا كانت بدعة وبالنظر الى كونه منفردا كانت فرضا لانه
لم يتاد فرض القراءة وكانت عليه واجبة فان قيل فاذا كانت واجبة كيف قال فكان الاتيان به اولى اجيب
بان الاولوية لا تنافي الوجوب لان المراد بالاولوية ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود في الوجوب
وزيادة وفيه ما فيه وقيل ذكره لمقابلة ما ذكره من قراءة المقيمين بعد فراغ امامهم المسافر لا بالنظر في نفسه
وقيل ذكره في مقابلة قوله فتركها احتياطا ومراده ان جعله منفردا يوجب عليه القراءة ولو تركها فسدت صلوته
اولى من جعله مقتديا فيه نظر لانه يجعله منفردا ويستحب للامام اذا سلم ان يقول للاتمام اتموا صلوتكم فانا

قوم سفر اي مسافرون وهذا يدل على ان العلم بحال الامام بكونه مقيما او مسافرا ليس بشرط لانهم ان علموا انه
مسافر فقوله هذا عبث وان علموا انه مقيم كان كذبا فدل على ان المراد به اذا لم يعلموا حاله وهو خلاف ما ذكره في
فتاوى قاضي خان وغيره ان من اقتدى بامام لا يدري انه مقيم او مسافر لا يصح اقتداؤه والتوفيق بينهما ما قيل
ان ذلك محمول على ما اذا بنوا امر الامام على ظاهر حال الاقامة والحال انه ليس بمقيم وسلم على راس الركعتين وتفرقوا
على ذلك لاعتقادهم فساد صلوة الامام واما اذا علموا بعد الصلوة بحال الامام جازت صلوتهم وان لم يعلموا بحاله
وقت الاقتدآء وبهذا القول يعلم حاله في الآخر فيقول فان قيل فعلى هذا التقدير يجب ان يكون هذا القول
واجبا على الامام لان اصلاح صلوة القوم يحصل به وما يحصل به ذلك فهو واجب على الامام فكيف قال
ويستحب اجيب بان اصلاح صلوتهم ليس يتوقف على هذا القول البتة بل اذا سلم على راس الركعتين علم
عدم سهوه فالظاهر من حاله انه مسافر حملا لامره على الصلاح فكان قوله هذا بعد ذلك زيادة اعلام
بانه مسافر وانما قاله للتحرز عن تفتيشهم واقتدآء بالنبي صلى الله عليه وسلم فانه قال حين صلى باهل مكة وهو مسافر فكان امرا مستحبا
لا واجبا قال واذا دخل المسافر مصره اتم الصلوة معناه اذا استكمل المسافر مسيرة ثلثة ايام
ثم دخل وطنه الاصلي اتم الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لان النبي عليه السلام واصحابه كانوا يسافرون
ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد وفيه نظر لان العزم فعل القلب وهو امر باطني لا يطلع عليه
فبنفي عزم مقامه بل الظاهر من حال المسافر العايد الى وطنه ان يكون في عزمه المقام فيه ولعل المراد
عزم جديد يبلغ مدة الاقامة خمسة عشر فان الظاهر عدمه والاستدلال بالمعقول اظهر وهو ان نية الاقامة
انما يعتبر لصيرورة المسافر مقيما في غير مصره لكونه متردد في غير النية وبين ان يكون للسير وبين ان يكون
للاقامة فاحتيج الى النية فاما في مصره فهو متعين للاقامة كما كان قبل السير واذا لم يستكمل المسافر
مسيرة ثلثة ايام فهو بمجرد العزم على الدخول في مصره يصير مقيما ويتم صلوته وان لم يدخل لما ذكرنا من قبل
انه رفض الايجاب لا ابتدآء قوله ومن كان له وطن فانتقل منه اعلم ان عامة المشايخ قسموا الاوطان
الى ثلثة وطن اصلي وهو مولد الرجل او البلد الذي تاهل فيه ووطن اقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه
الاقامة خمسة عشر يوما ويسمى وطن سفر ايضا ووطن السكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر الاقامة فيه اقل من
خمسة عشر يوما والمحققون منهم قسموا الى الوطن الاصلي ووطن الاقامة ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لانه لم يثبت
فيه الاقامة بل حكم السفر فيه باق والاصل ان الوطن الاصلي يبطل بالوطن الاصلي دون وطن الاقامة وانشاء السفر
وهو ان يخرج قاصدا مكانا يصل اليه في مدة السفر لان الشيء انما يبطل بما فوقه او بما يساويه وليس فوقه شيء
فيبطل بما يساويه الا ترى ان رسول الله عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وقال اتموا صلوتكم فانا
قوم سفر واما وطن الاقامة فلما يساويه وهو ما فوقه فيبطل بكل منهما وبانشاء السفر ايضا لانه ضده فان قيل
فان قيل فهو ضد للوطن الاصلي ايضا فلم لم يبطله فالجواب انه لم يبطله بالاثر الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يخرج من المدينة الى الغزوات ولم ينتقض وطنه بالمدينة حيث لم يجدد نية الاقامة بعد الرجوع قوله
لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع يعني الى خمسة عشر موضعا للتحكم وبعد اعتبارها في
مواضع ممتنع لان الاقامة حينئذ انما يكون بترك حله وترتيع دابته والسفر لا يخلو عن ذلك المقدار فيكون كل
مسافر مقيما اذا نوى وهو فاسد لاختلاف اللازم الدال على عدم الاجتماع قوله الا اذا نوى ان يستقر في احدها

لم يتم الصلوة قوله لان اقامة المرء مضافة الى مشيئة الا يرى ان التوقى اذا قيل له ابن يبكى يقول ليس
محلا كذا وههنا كذلك فى التوق وقوله لانه المعتبر فى السببية عند عدم الاداء يعنى عدم الاداء قبل آخر الوقت
لما عرف فى الاصول يعنى آخر الوقت ان كان مسافرا وفاته الصلوة قضى ركعتين وان كان فى اول الوقت مقيما
وان كان مقيما فيه ففاته قضى اربعا وان كان فى اوله مسافرا واعترض بان كلامنا فى القضاء واذا فات الصلوة
عن وقتها كان كل الوقت سببا لما عرف لا الجزء الاخير واجيب بان بعض المشايخ يعتبرون السببية
على الجزء الاخير فان فات الوقت فجاز ان يكون المص قد اختار ذلك والقول لا اعتراض ليس بوارد لان المص
قال القضاء بحسب الاداء يعنى كل من وجب عليه اداء اربع قضى اربعا ومن وجب عليه اداء ركعتين قضى ركعتين
وهذا لا نزاع فيه ثم بين ان المعتبر فى السببية للاداء هو الجزء الاخير من الوقت وهذا ايضا لا نزاع فيه وتم مراد
المص واما ان السببية ينتقل بعد الوقت الى كل الوقت ليظهر اثره فى عدم جواز قضاء العصر الفائتة فى اليوم
الثانى وقت الاحمرار فذلك شئ آخر لا مدخل له فى مراد المص وهذا اوضح فتامل فيشبك عن التطويل ونوقض
القضاء بحسب الاداء بما اذا دخل المسافر فى صلوة المقيم ثم ذهب الوقت ثم افسد الامام او المقتدى صلوة
على نفسه فانه يقضى ركعتين صلوة السفر وقد وجب عليه اداء الصلوة اربعا اجيب بانه انما لزمه الاربع
لمتابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد فعاد الى اصله الا يرى انه لو افسد الاقتداء فى الوقت كان عليه ان
يصلى صلوة السفر فكذلك ههنا قوله والعاصى والمطيع فى سفرهما فى الرخصة سواء السفر على ثلثة انواع
سفر طاعة كالحج والجهاد وسفر مباح كالتجارة وسفر معصية كقطع الطريق والاباق عن المولى ومنع المرأة
بلا محرم والاولان سببان للرخصة بلا خلاف واما الآخر فكذلك عندنا خلافا للشافعى قال الرخصة
يثبت تخفيفا وما كان كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ لان اضافة الحكم الى وصف يقتضى خلاف وصفه
فى الوضع ولنا اطلاق النصوص قال الله تعالى ومن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وقال النبى
صلى الله عليه وسلم فرض المسافر ركعتان وقال والمسافر ثلثة ايام ولياليها والكل كما ترى مطلق فزيادة قيد
ان لا يكون عاصيا نسخ بما عرف فى الاصول ولان نفس السفر ليس بمعصية اذ هو عبارة عن خروج مديد وليس فى
هذا المعنى شئ من المعصية وانما المعصية ما يكون بعده كما فى السرقة او يجاوره كما فى الاباق فصلح من حيث ذاته
متعلق الرخصة لامكان الانفكاك عما يجاوره كما اذا غصب خفا ولبسه جاز له ان يمسح عليه لان الموجب
نفسه ولا غلط فيه وانما هى فى مجاوره وهو وصف كونه مغصوبا وهو من اصول الفقه باب صلوة الجمعة
تناسب هذا الباب لما قبله ان كلا منهما تنصيف بواسطة الاول بواسطة السفر والثانى بواسطة الخطبة الا ان
الاول شامل لكل ذوات الاربع والثانى خاص فى الظهر والخاص بعد العام لان التخصيص بعد العموم والجمعة
من الاجتماع كالفرقة من الافتراق والميم ساكن عند اهل اللسان والقراء فتحها وهى فريضة بالكتاب والسنة
واجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نودى للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا
الى ذكر الله وذروا البيع امر بالسعى الى ذكر الله وهو الخطبة التى هى شرط جواز الجمعة والامر للوجوب
فاذا كان السعى اليها واجبا فالى ما هو المقصود وهو الجمعة اولى واكد ذلك بتحريم المباح ولا يكون الا
لامر واجب بمقتضى الحكمة واما السنة فقوله عم واعلموا ان الله تعالى كتب عليكم الجمعة فى يومى هذا فى شهرى هذا
فى مقامى هذا فمن تركها تهاونا بها واستخفافا بحقها وله امام جائر او عادل الا فلا جمع الله شمله الا فلا

له الا فلا زكوة له الا فلا صوم له الا ان يتوب فمن تاب تاب الله عليه واما الاجماع فلان الامة قد اجمعت
على فرضيتها وانما اختلفوا فى اصل الفرض فى هذا الوقت على ما سيجئ واما المعقول فلانا امرنا بترك الظهر
لاقامة الجمعة والظهر فريضة لا محالة ولا يجوز ترك الفريضة الا لفرض هو آكد منه ولها شروط زايدة على شروط
سائر الصلوات فمنها ما هو فى المصلى كالحرية والذكورة والاقامة والصحة وسلامة الرجلين والبصر عند ابى
حنيفة ومنها ما هو فى غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة والوقت والاظهار حتى ان الوالى لو
اغلق باب المصر وجمع فيه بحشمه ولم ياذن للناس بالدخول لم يجزه قال ... قاض ينفذ الاحكام قال
لا تصح الجمعة الا فى مصر جامع هذا بيان شروط ليس فى نفس المصلى وهو ظ وعرف المصر الجامع بقوله كل
موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود والمراد بالامير والى يقدر على انصاف المظلوم من الظالم
وانما قال ويقيم الحدود بعد قوله ينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المرأة
اذا كانت قاضية تنفذ الاحكام وليس لها اقامة الحدود وكذلك المحكم واكتفى بذكر الحدود عن القصاص
لانهما لا يفترقان فى اقامة الاحكام فذكر احدهما كان مغنيا عن ذكر الآخر وعند ابى يوسف انهم
اذا اجتمعوا اى اذا اجتمع من يجب عليهم الجمعة كل من يسكن فى ذلك الموضع من الصبيان والنساء والعبيد
لان من يجب عليهم يجتمعون فيه عادة قال ابن شجاع احسن ما قيل فيه اذا كان اهلها بحيث لو اجتمعوا فى اكبر
مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا الى بناء مسجد آخر للجمعة وهذا الاحتياج غالب عند اجتماع من عليهم
الجمعة والاول اختيار الكرخى وهو ظاهر الرواية وعليه اكثر الفقهاء والثانى اختيار ابى عبد الله البلخى
وعن ابى يوسف رواية اخرى غير هاتين الروايتين وهو كل موضع يسكن فيه عشرة آلاف نفر وكان عنه ثلث
روايات قوله والحكم غير مقصور يعنى جواز اقامة الجمعة ليس بمختص فى المصلى بل يجوز فى جميع افنية المصر
اى الافنية بمنزلة المصر فى حوائج اهله ويعرف من هذا التعليل تعريف الفناء وهو ما اعد لحوائج اهل المصر
وفناء الدار وفناء كل شئ كذلك وقدر شيخ الاسلام وشمس الائمة السرخسى فناء المصر بالغلوة اعتبارا
لما ذكره محمد فى النوادر وقال الشافعى ليس المصر بشرط ولا افناء بل كل قرية يسكنها اربعون من الرجال
الاحرار لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء يقام فيها الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل ولما روى
اول جمعة جمعت فى الاسلام بعد المدينة لجمعة جمعت بجواثا وهى قرية من قرى عامر من عبد القيس بالبحرين وكتب ابو هريرة
الى عمر يسأله عن الجمعة بجواثا فكتب اليه ان اجمع بها وحيث ما كنت والجواب ان قوله الا فى مصر جامع ينفى
اقامتها فى القرى والصحابة حين فتحوا الامصار والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجمع الا فى الامصار
والمدن وذلك اتفاق منهم على ان المصر من شرائط الجمعة والآية ليست بمجملة لان المكان غير مذكور فيها بالاتفاق
حتى لا يجوز اقامة الجمعة فى البوادى بالاجماع فخص بنص المص وهو ينفى القرية وجواثا مصر بالبحرين وتسمية
الراوى قرية لا ينفى ما ذكرنا لان اسم القرية يطلق على البلدة قوله ويجوز يعنى اقامة الجمعة ان كان الامير
امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا وانما قيد بكونه مسافرا لاحد الامرين اما للتنبيه على انه لو كان مقيما كان
بالجواز اولى واما للتعريض ان الخليفة اذا كان مسافرا لا يقيم الجمعة كما اذا كان امير الموسم مسافرا وفيه اشارة
الى ان الخليفة والسلطان اذا طاف فى ولايته كان عليه الجمعة فى كل مصر يكون فيه يوم الجمعة لان اقامة غيره
انما يجوز بامره فاقامته اولى وان كان مسافرا قوله لانها يعنى منى على تاويل القرية ويجوز ان يكون التانيث

باعتبار الجمعة لان تعذيره لانها قربة من الفرى يعني لانها ليست بمصر ولا من فنائه لزيادة على الغلوة ولهذا لا يعيد
ولا يقام فيها الجمعة ولهما انه تمصر في ايام الموسم لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي والابنية والاسواق
وعدم التعييد اي عدم اقامة صلوة العيد للتخفيف لاشتغال الحاج باعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق في ذلك
اليوم لا لعدم المصرية ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا والفرق ان عرفات فضاء ومنى فيه ابنية **وقوله** انما الموسم
فيلي امور الحج لا غير يشير الى انه ان استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى لان له الولاية وقيل انه كان من اهل مكة يقيمها
وان استعمل على الموسم خاصة وان لم يكن من اهلها لا يقيم عندهما ايضا **قوله** ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او
الوالي الذي لا والي فوقه وكان ذلك الخليفة او لمن امره السلطان وهو الامير او القاضي او الخطباء وقال الشافعي
ليس ذلك بشرط لما روي ان عثمان رضي الله عنه حين كان محصورا بالمدينة صلى علي رضي الله عنه الجمعة بالناس ولم يروا انه صلى بامر عثمان
وكان الامر بيده ولنا ان الجمعة تقام بجمع عظيم لكونها جامع الجماعات وقد يقع المنازعة في التقدم بان يقول
شخص انا اتقدم وغيره يقول انا اتقدم او في التقديم بان يقدم طائفة شخصا واخرى اخر وقد يقع في غيره اي
في غير امر التقدم والتقديم من اداء من يسبق الى الجامع والاداء في اول الوقت واخره فلا بد منه اي من السلطان
او من امره تتميما لامره واثر علي رضي الله عنه ليس بحجة لجواز ان ذلك كان بامر عثمان رضي الله عنه سلمنا ولكن انما فعل لان الناس
اجتمعوا عليه وعند ذلك يجوز لان الناس احتاجوا الى اقامة الفرض فاعتبر اجتماعهم **قال** ومن شرائطها
الوقت اي من شرائط الجمعة الوقت وهو وقت الظهر فتصح فيه ولا تصح بعده لما روي ان النبي عليه السلام لما بعث مصعب
ابن عمير رضي الله عنه الى المدينة قبل الهجرة قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها اي
الامام في صلوة الجمعة استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما اي صلوة الظهر والجمعة بدليل تغير العدد
اذا اذن له مولاه بالجمعة بين ان يصلي الظهر والجمعة مع تعين الرفق في الجمعة بالقلة ولو لم يكونا مختلفين لما
خير كما في جناية المدبر بحيث يجب الاقل على مولاه من الارش ومن القيمة بلا اختيار لاتحادهما في المالية وبنا
على تحريمة فرض اخر لا تصح في اصح الروايات **وقوله** ومنها اي من شرائط الجمعة الخطبة وهو اسم لما يخطب به وانما
كانت شرطا لان النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وفيه بحث اما اولا فلان فعاله الخطبة
اما ان يجب ان يكون ركنا او لا يكون شرطا لانها اقيمت مقام ركعتي الظهر وذلك ركن فكذلك ما قام مقامه
فلا يتأدى بلا طهارة ولانها لم يشترط قيامها حالة الاداء ولو كانت شرطا لكان يراعى قيامها حالة الاداء
كما اشترط قيام الطهارة وستر العورة واما ثانيا فلانها اذا كانت شرطا كانت فرضا وثبات صلوة
الجمعة لان شرط الشيء لازم له والحديث يدل على دوام وجوده والدوام لا يستلزم الفرضية الا ترى انه
عليه السلام لم يصل صلوة بدون سننها كرفع اليد عند التحريمة والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما ولم
يكن شيء من ذلك شرطا للصلوة والجواب عن الاول انها ليست بركن لان ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء
وصلوة الجمعة لا يقوم بالخطبة وانما يقوم باركانها وكانت شرطا لان الله تعالى امر بالسعي اليها بقوله فاسعوا الى ذكر الله
والخطبة ليست مقصودة لذاتها لان النداء لم يشرع لها بل لما هو المقصود وهو صلوة الجمعة حيث قال اذا نودي
للصلوة من يوم الجمعة ولو كانت المقصودة لكان النداء لها اولهما ان كانا مقصودتين واذا لم يكن مقصودة
لذاتها وهي فرض كانت شرطا لغيرها **قوله** ولو كانت شرطا لكان يراعى قيام الخطبة حال الاداء قلنا الشرط
وجودها لا وجودها حالة الاداء وعن الثاني بان الدوام قد يستلزم الفرضية اذا دل الدليل الخارجي

الخارجي على ذلك وقد قام الدليل ههنا على ذلك وهو انا نعلم بيقين ان شرط الظهر ترك الخطبة والفرض لا
يترك لغير الفرض فكانت فرضا فاما ان يكون فرضا لذاتها او لغيرها اذ لا سبيل الى الاول لما ذكرنا تعين
الثاني فكان لازما من لوازمه فكان شرطا وهي اي الخطبة قبل الصلوة به وردت السنة وشرطيتها ايضا يحقق
ذلك ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة مقدار ثلث آيات في ظاهر الرواية وقال الطحاوي مقدار ما يمس
موضع جلوسه المنبر بجري التوارث ولفظ التوارث انما يستعمل في امر خطير ذي شرف وقيل هو حكاية
العدل عن العدل وهذه القعدة ليست بشرط عندنا بل هي للاستراحة وقال الشافعي انها شرط حتى لا يكتفى عنده
بالخطبة الواحدة وان طالت للتوارث ولنا حديث جابر بن سمرة ان رسول الله صلعم كان يخطب قائما خطبة
واحدة فلما اسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة وفيه كما ترى دليل على جواز الاكتفاء بخطبة واحدة ويخطب
قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه لما سئل عن هذا قال الست تتلو قوله
وتركوك قائما كان رسول الله يخطب قائما حين انفض عنه الناس بدخول العير المدينة والذي روي عن عثمان رضي الله عنه
انه كان يخطب قاعدا انما فعل ذلك لمرض وكبر في آخر عمره **قوله** ويستحب فيها الطهارة يعني عن الجنابة والحدث
جميعا كالاذان ووجه الشبه بان الخطبة ذكر لها شبه بالصلوة من حيث انها اقيمت مقام شطر الصلوة ويقام
بعد دخول الوقت كما ان الاذان ايضا ذكر له شبه بالصلوة من حيث انه دعاء لها ويقام بعد دخول الوقت
قبل ان عبارته نقل لانه يدل على ان الاذان شرط الصلوة وليس كذلك لان قوله كالاذان متعلق بقوله
فيستحب فيها الطهارة لا بقوله هي شرط الصلوة ولو خطب قاعدا او على غير الطهارة جاز لحصول المقصود
وهو الذكر والوعظ وخالفه ابو يوسف والشافعي فيما اذا خطب على غير طهارة والشافعي وحده اذا خطب
قاعدا لهما في الاول ان الخطبة بمنزلة شطر الصلوة كما ذكرنا في الاثر وهو ما روي ان عمر وعائشة رضي الله عنهما
قالا انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة فكما يشترط الطهارة في الصلوة يشترط فيها وللشافعي في الثاني
ان الخطبة قائمة مقام ركعتين فيشترط فيها ما يشترط في الصلوة والجواب انها ذكر والمحدث والجنب
لا يمنعان من ذكر الله تعالى ما خلا القرآن في حق الجنب وتاويل الاثرين انها في حكم الثواب كشطر الصلوة
لا في شرائطها **وقوله** الا انه يكره استثناء من قوله جاز **قوله** لمخالفة التوارث متعلق بقوله خطب قاعدا
قوله وللفصل بينها وبين الصلوة يتعلق بقوله او على غير طهارة ولم يذكر اثر نفيهما اذا كان على غير طهارة
فقيل ينبغي ان يعاد استحسانا كما في اعادة الاذان **وقوله** فان اقتصر على ذكر الله جاز يعني اذا ذكر على قصد الخطبة
فقال الحمد لله او سبحان الله او لا اله الا الله جاز عند ابي حنيفة رح واما اذا قال العاطس او تعجب فلا يجوز
بالاتفاق وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة وهو مقدار ثلث آيات عند الكرخي وقيل مقدار التشهد
من قوله التحيات لله الى قوله عبده ورسوله لان الخطبة هي الواجبة يعني بالاجماع والتسبيحة او التحميدة او
التهليلة لا يسمى خطبة وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يخطب خطبتين يشتمل الاولى على التحميد والصلوة على
النبي والوصية بتقوى الله وقراءة آية وكذلك الثانية الا ان فيها بدل الآية الدعاء للمؤمنين اعتبارا للمتوارث
فانه جرى هكذا من لدن رسول الله صلعم ولابي حنيفة رح قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والمراد به الخطبة باتفاق
المفسرين وقد اطلق عليها الذكر من غير فصل بين قليل وكثير فالزيادة عليه نسخ وما روي عن عثمان رضي الله عنه انه
لما صعد المنبر اول جمعة ولي قال الحمد لله فارتج عليه على بناء المفعول وتخفيف الجيم اي اغلق فنزل وصلى وكان

بحضرة من علماء الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فدل على بناء المفعول وتخفيف الجيم اي اغلق فنزل وصلى وكان
ان هذا المقدار كاف قال ومن شرايطها الجماعة شرط الجمعة بالاجماع والاختلاف في العدد وعند
ابي حنيفة رحمه الله اقلهم ثلثة سوى الامام وعندهما اثنان سواه قال العبد الضعيف والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده
له ان في المثنى معنى الجماعة لان فيه اجتماع واحد باخر والجمعة منبئة عن معنى الاجتماع لما ذكر ان الجمعة
من الجماعة وفي الجماعة اجتماع لا محالة ولهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الجمع الصحيح انما هو الثلث
يعني سلمنا ان الجمعة تنبئ عن الاجتماع لكن الخطاب وارد بالجمع وهو قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والجمع
الصحيح هو الثلث لكونه جمعا اسمية ومعنى فان قيل فعلى هذا ابو يوسف كذلك لانه يعتبر مع الامام ثلثة
اجاب بقوله والجماعة شرط على حدة وكذلك الامام فلا يعتبر من الجماعة وذلك لان قوله تعالى فاسعوا
يقتضي ثلثة قوله الى ذكر الله يقتضي ذاكرا فذلك اربعة يجب ان يكون كلهم ممن يصلح اماما حتى اذا كان احدهم
صبيا او مجنونا لا يجوز وكما نفي الآية ما دون الثلث نفي اشتراط الاربعين لعدم دلالة عليه بعينه قوله
وان نفر الناس اعلم ان الناس ان نفروا قبل شروعهم في صلوة الجمعة مع الامام لا يصلي الجمعة بلا خلاف ويصلي
الظهر وان نفروا بعده فان كان قبل تقييد الركعة بالسجدة استقبل الظهر عند ابي حنيفة وبنى على الجمعة
عندهما وان كان بعده بنى عليها عندهم خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول انها شرط الاداء ولان التحريمة منهم معتادا
لتحريمة الامام ليس بشرط بالاتفاق ولو كان شرطا للانعقاد لاشترط ذلك فكان الوقت كالوقت في دوامه
شرط لصحة الجمعة فكذا دوامها ولم يوجد اذا نفروا بعد التشهد ولهما انها شرط الانعقاد لان الاداء
ينفك عنها كما في المسبوق واللاحق وما هو كذلك لا يشترط دوامها كالخطبة فان دوامها الى تقييد الركعة
بالسجدة غير شرط بالاتفاق وابو حنيفة رحمه الله يقول نعم هو شرط الانعقاد كما ذكرتم والانعقاد انما
هو بالشروع في الصلوة والصلوة لا يتم الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة لكونه في محل الرفض
كما تقدم فلا بد من دوامها اليها اي من دوام الجماعة الى الركعة بحذف المضاف اي الى تمام الركعة وقوله
بخلاف الخطبة جواب عن قياسهما الجماعة بها ووجهه ان الخطبة تنافي الصلوة فان الامام هو الذي يخطب
ولا يمكنه ان يخطب بالصلوة فلا يشترط دوامها قوله ولا معتبر ببقاء النسوان ظ قوله ولا يجب الجمعة على
واضح قوله لانهم تحملوه يعني الحرج معناه ان سقوط فرض السعي عنهم لم يكن لمعنى في الصلوة بل للحرج
فاذا تحملوا التحقوا في الاداء بغيرهم وصاروا كالمسافر صام قوله ويجوز للمسافر واضح وقوله فاشبه الصبي
يعني ان الجمعة ليست بفرض عليهم ولو ام الصبي فيها لم يجز فكذا من اشبهه ولنا ان هذه اي سقوط الجمعة عنهم وانث
الاشارة باعتبار الخبر وهو رخصة لان الخطاب عام فيتناولهم الا انهم عذروا دفعا للحرج عنهم فاذا
حضروا صح فرضا على ما بينا يعني قوله لانهم تحملوه واذا تحملوه يقع فرضا لانه لو لم يقع فرضا لكان رخصة
لدفع الحرج حرجا وذلك باطل اما الصبي فمسلوب الاهلية فلم يتناوله الخطاب والمرأة لا تصلح لامامة الرجال
وقوله وينعقد بهم اي بالمسافر والعبد والمريض الجمعة اشارة الى رد قول زفر فانه يقول انه وان صح امامتهم
لكن لا يعتد بهم في العدد الذي ينعقد به الجمعة وذلك لانهم لما صلحوا للامامة فلان يصلحوا للاقتداء اولى
قوله ومن صلى الظهر في منزله ظاهر وقوله لان عندنا الجمعة هي الفريضة اصالة لانه مأمور بالسعي اليها
عن الاشتغال بالظهر ما لم يتحقق فوت الجمعة وهذا صورة الاصل والبدل ولا مصير الى البدل مع القدرة على

الاصل

الاصل وهي ثابتة لان فواتها انما يكون بفراغ الامام عن الصلوة وفرض المسئلة قبل ذلك ولنا ان اصل الفرض
هو الظهر في حق الناس كافة لان التكليف بحسب القدرة والمكلف بالصلوة في هذا الوقت متمكن بنفسه من اداء
الظهر دون الجمعة لتوقفها على شرايط لا يتم به وحده وكان التكليف بالجمعة تكليفا بما ليس في الوسع الا انه
امر باسقاط الظهر باداء الجمعة عند استجماع شرايطها فكان العدول عنها مع القدرة مكروها وقوله وهذا
هو الظاهر تلويح منه الى غير ذلك فانه نقل عن محمد ان فرض الوقت الجمعة وله اسقاطها بالظهر وروي عنه انه
قال لا ادري ما الاصل في فرض الوقت في هذا اليوم ولكنه يسقط الفرض عنه باداء الظهر او الجمعة يريد به ان اصل الفرض
احدهما لا بعينه ويتعين بفعله ولكن ظاهر الرواية عن العلماء الثلثة ما ذكر في الكتاب قوله فان بدا له اي بدا
لمن صلى الظهر في منزله قبل صلوة الامام معذورا كان او غيره ان يحضرها فتوجه والامام فيها فاما ان يدرك
الجمعة مع الامام او لا فان ادرك الصلوة مع الامام انتقض ظهره وانقلب نفلا وهذا لم يذكر في الكتاب وان لم يدرك
بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع القوم وانما لم يذكر القسم الاول لانه يفهم من
اشارة هذا القسم لانه يشير الى ان الاتمام مع الامام ليس بشرط لنقض الظهر عندهما بل الدخول كاف واذا كان
بالدخول ينتقض فبالاتمام اولى لان السعي دون الظهر اذ هو ليس بمقصود بنفسه بل هو وسيلة الى اداء
الجمعة والظهر فرض مقصود وما هو دون الشيء لا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه لانا امرنا باسقاطه
بها فجاز ان ينقضه واتمام الظهر في الكتاب بناء على الصلوة واذا لم يكن التوجه ناقضا لضعفه كان كما
اذا توجه بعد فراغ الامام ولابي حنيفة ان السعي وهو المشي لا مسرعا الى الجمعة من خصايصها لكونها
صلوة مخصوصة بمكان لا يمكن الاقامة الا بالسعي اليها فكان السعي مخصوصا بها بخلاف ساير الصلوات
لان اداءها يصح في كل مكان واذا كان من خصايصها كان الاشتغال به كالاشتغال بركن من اركانها
بجامع الاختصاص فيؤثر في ارتفاض الظهر احتياطا اذ الاولى بحال الاتيان بالاتيان
واعترض بان السعي الموصل الى الجمعة مأمور به وهذا السعي ليس بموصل سلمناه ولكنه ضعيف لكونه وسيلة فلا
يرفض القوي سلمناه لكن الظهر انما يبطل في ضمن اداء الجمعة لان نقض العبادة قصدا حرام فاذا لم توجد
لم ينتقض سلمناه لكنه ينتقض بمسئلة القارن اذا وقف بعرفات قبل ان يطوف لعمرته فانه يصير رافضا
ولو سعى الى عرفات لا يصير به رافضا لعمرته واجيب عن الاول بان الحكم دار مع الامكان لكون الاداء
في الجمعة والادراك ممكن باقدار الله وعن الثاني بانه لما نزل منزلتها صار قويا وهو الجواب عن الثالث لانه
صار الابطال في ضمنها وعن الرابع بانه لا نقض على وجه القياس لانهما اي العمرة والجمعة والظهر سواء في
الارتفاض فيه واما في الاستحسان فانه انما لا يرتفض العمرة لكون السعي فيها منهيا عنه قبل طواف العمرة
فضعف في نفسه والسعي الى الجمعة مأمور به فكان في نفسه قويا ولا يلزم من ابطال القوي ابطال الضعيف
قوله بخلاف ما بعد الفراغ منها جواب عن قياسهما وهو واضح وقوله ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة
الجمعة قال ومن ادرك الامام يوم الجمعة اذا ادرك الامام في صلوة الجمعة راكعا في الركعة الثانية يصلي معه الجمعة
بالاتفاق وان ادركه بعد ما رفع رأسه من الركوع فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويبني عليها
لقوله عم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا اذ لا شك ان مراده ما فاتكم من صلوة الامام بدليل قوله ما ادركتم
فصلوا فان معناه من صلوة الامام والذي فاته من صلوة الامام هو الجمعة فيصلي المأموم الجمعة وكذا ان ادركه

او في سجود السهو عندهما وقال محمد ان ادرك مع الامام اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها
بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ولهذا لا يتأدى الا بنية الجمعة ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط وهي الجماعة
فالتنفل الى كون ظهرها فيصلي اربعا ويقعد على راس الركعتين بالنظر الى كونه جمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال
النفلية فكان في ذلك اعمال الدليلين وهذا اولى من اهمال احدهما ولهما انه قد ادرك الجمعة في هذه الحالة
لانه لا يتأتى فيه نية الجمعة حتى لو نوى غيرها لم يصح اقتداؤه وهذه الجمعة لا يبنى الا على الجمعة ولا وجه لما ذكره من
اعمال الوجهين لانهما صلاتان مختلفتان فكيف يصح بناء احدهما على تحريمة الاخرى وعورض بان فيما ذكرتم تجويز
الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد لان الشيء ينتفي عند انتفاء شرطه واجيب بانه موجود في حق الامام حقيقة
وجودا في حق المسبوق كما في القراءة فاما الجمع بين صلوتين مختلفتين بتحريمة واحدة مما لا يوجد بحال والقول
بما يوجد في حال اولى منه بما لا يوجد في حال فان قيل فما استدلالهما في اول البحث بالحديث وهو اقوى فما وجه قوله
بعد ذلك ولهما الخ قلت لا تنافي في ذلك لجواز ان يستدل على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول وكان
الاول استدلالا لهما اذا كان المذهب اشكل وذلك متفق عليه فليس الاستدلال لهما فقط بل لهم جميعا وكون
الحديث يدل على المطلوب الثاني لهما ايضا لا ينافيه فان قيل قد روى عن الزهري باسناده الى ابي هريرة رض
عن النبي عم انه قال من ادرك ركعة من الجمعة فقد ادركها وليضف اليها ركعة اخرى وان ادركهم جلوسا صلى اربعا
وهذا كما ترى نص على قول محمد فما وجه ترك الاستدلال به لمحمد قلت ضعفه قدماء ورواه الاضعفاء واصحاب
الزهري واما الثقات منهم كمعمر والاوزاعي ومالك ونحوهم فرووا عنه من ادرك ركعة من صلوة فقد ادركها واما اذا
ادرك ما دونها فحكمه مسكوت عنه ولا دليل عليه وما روي من قوله عم ما ادركتم فصلوا الحديث يدل على مدعاهما
فاخذا به وعلى تقدير ثبوته فتأويله ادركهم جلوسا قد سلموا قوله واذا خرج الامام يوم الجمعة يعني لاجل الخطبة
ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته يريد به ما سوى التسبيح ونحوه على الاصح وقال بعضهم
كل كلام وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا باس بالكلام قبل الخطبة وبعدها قبل التكبير لان حرمة الكلام انما هي
باعتبار الاخلال بفرض الاستماع لكونه في نفسه مباحا ولا استماع فلا اخلال في هذين الوقتين بخلاف
الصلوة فانها قد تمتد فتفضي الى الاخلال ولابي حنيفة هو حديث ابن عمر وابن عباس انهما رويا عن النبي عم
انه قال اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام والمصير اليه واجب فان قيل المصير اليه واجبا اذا لم يكن له
معارض وقد روي ان رسول الله صلعم كان اذا نزل عن المنبر يسأل الناس عن حوائجهم وعن اسعار السوق
ثم صلى اجيب بان ذلك كان في الابتداء حين كان الكلام مباحا في الصلوة فكان يباح ايضا ثم نهي بعد
ذلك عن الكلام فيها قوله واذا اذن المؤذنون ذكر المؤذنون بلفظ الجمع اخراجا للكلام مخرج العادة فان
المتوارث في اذان الجمعة اجتماع المؤذنين لتبليغ اصواتهم الى اطراف المصر الجامع والاذان الاول هو الذي
حدث في زمن عثمان رض على الزوراء وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لانه لو انتظر
الاذان عند المنبر يفوته اداء السنة وسماع الخطبة وربما يفوت الجمعة اذا كان بيته بعيدا من الجامع وكان
الطحاوي يقول المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذي كان للجمعة على عهد
رسول الله عم وكذلك في عهد ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وهو مختار شيخ الاسلام والاصح ان المعتبر في وجوب
السعي وكراهة البيع هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به مع ما ذكرتم في قول الحسن

باب صلوة العيدين

وهو مختار شمس الائمة السرخسي باب صلوة العيدين اي باب صلوة العيدين لان الكلام
في كتاب الصلوة حذف المضاف للعلم به وسمي يوم العيد بالعيد لان لله تعالى فيه عوائد الاحسان الى عباده
ومناسبتها لصلوة الجمعة في ان كلا منهما صلوة نهارية تؤدى بجمع عظيم يجهر بالقراءة فيهما ويشترط لاحديهما ما يشترط
للاخرى سوى الخطبة ويشتركان ايضا في حق التكليف فانها تجب على من يجب عليه الجمعة وقدم عليه الجمعة لكثرة وقوعها
قال وتجب صلوة العيد على من يجب عليه صلوة الجمعة لا تجب صلوة العيد على المسافر والعبد والمريض كالجمعة
للمعنى الذي ذكرنا في باب الجمعة فان قيل حال العبد ههنا ليست كهي في الجمعة اذا اذن له المولى لان الجمعة خلفا
وهو الظهر فلم تجب الجمعة وههنا لا خلف فكان الواجب الوجوب اذا اسقط المولى حقه بالاذن اجيب بان
المنافع لا تصير مملوكة له بالاذن لانها غير مستثناة من المولى فبقي الحال بعد الاذن كما قبله كما في الحج فانه لا يقع
عن حجة الاسلام وان حج باذن مولاه واعاد لفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته لرواية القدوري فانه ذكر
في القدوري بلفظ الواجب وفي الجامع الصغير بلفظ السنة والمراد من اجتماع العيدين كون يوم الفطر او الاضحى
يوم الجمعة وغلب لفظ العيد لخفته كما في العمرين او لذكورته كما في القمرين ولا يترك واحد منهما اما الجمعة فلانها
فريضة واما العيد فلان تركها بدعة وضلال قوله وجه الاول مواظبة النبي عم عليها وفي بعض النسخ وقع
بلفظ من غير ترك وهو لا يحتاج الى عناية وفي بعضها ليس كذلك ويحتاج الى ان يقال معناه ولك واما تركه
اعتمادا على ما ذكر في آخر باب ادراك الفريضة ولا سنة دون المواظبة والمواظبة انما يكون دليل الوجوب اذا
كانت من غير ترك قوله وجه الثاني ظاهر قوله ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى يعني جهرا
في الطريق الذي يخرج منه الى عيد الفطر وهو رواية المعلى عنه وروى الطحاوي عن استاذه ابن عمران البغدادي
عنه انه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهرا وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اعتبارا بالاضحى وجه
الاول ان الاصل في الثناءات الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير قال الله تعالى واذكروا الله
في ايام معدودات جاء في التفسير ان المراد به التكبير في هذه الايام وليس كذلك يوم الفطر لانه لم يرد به الشرع
وليس في معناه ايضا لان عيد الاضحى اختص بركن من اركان الحج والتكبير شرع علما على وقت افعال الحج وليس
في شوال ذلك فان قيل لا نسلم ان الشرع لم يرد به قال الله تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم امر
بالتكبير بعد اكمال العدة ايام شهر رمضان وروى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يخرج يوم الفطر ويوم الاضحى رافعا صوته بالتكبير وهذا نص في الباب اجيب بان المراد بالآية
التكبير في صلوة العيد والمعنى صلوا صلوة العيد وكبروا الله فيها ومدار الحديث على الوليد بن محمد عن الزهري وقد
تركوا الحديث قال ولا يتنفل في المصلى قبل العيد التنفل قبل صلوة العيد في المصلى وغيره
للامام وغيره مكروه لما في الكتاب وعقد ورد النهي والانكار في ذلك عن الصحابة رض كثيرا روي عن ابن مسعود
وحذيفة رض انهما قاما فنهيا الناس عن الصلوة قبل الامام يوم الفطر وروي ان عليا رض خرج الى المصلى
فرأى قوما يصلون فقال ما هذه الصلوة التي لم نكن نعرفها على عهد رسول الله عليه السلام فقيل له الا تنهاهم فقال
اكره ان اكون الذي ينهى عبدا اذا صلى قوله خاصة وهي تنصيص على الحال الذي في المستترة في الظرف
قوله واذا حلت الصلوة عن الحلال من جوازها لانها كانت حراما قبل ارتفاع الشمس لما مر في الحديث قوله لانه
عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح او رمحين دليل دخول الوقت قوله فان شهدوا بالهلال

ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام لم يفعل

بليل خروج الوقت وذلك لانه عليه السلام امر بالخروج الى المصلى من الغد لاجل الصلوة وكان ذلك تاخيرا بلا عذر
سماوي ولو لم يخرج الوقت لما فعل ذلك لان الصلوة في وقتها اولى وفعله عم لا يحمل الا على الاولى بهما امكن قوله
ويصلي الامام بالناس ركعتين ظاهر وحاصله ان الزوائد عندنا ثلث والموالاة في القرأة خلافا له قوله وظهر عمل
العامة اي عمل الناس كافة بقول ابن عباس رض لامر بنيه الخلفاء فان الولاية لما انتقلت اليهم امروا الناس بالعمل
في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا في مناشيرهم ذلك وعن هذا صلى ابو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلوة العيد
وكبر تكبيرات ابن عباس فانه صلى خلف هارون الرشيد وامره بذلك وكذا روي عن محمد لا مذهبا واعتقادا فان
المذهب هو القول الاول وهو قول ابن مسعود رضي الله عنهم فكان اولى بالاخذ وقال ابو بكر الرازي حدث
الطحاوي مسندا الى النبي صلعم انه صلى يوم العيد وكبر اربعا ثم اقبل بوجهه حين انصرف فقال لا تنسوا كتكبير
الجنائز واشار باصابعه وقبض ابهامه فهذا قول وفعل واشارة الى الاصل وتاكيد فلا جرم كان الاخذ به
واولى وايضا فقوله اربعا اربع تكبيرات متوالية ولان التكبير ورفع الايدي من حيث الجمع خلاف المعهود في الصلوة
فكان الاخذ بالقليل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان كتكبيرة الافتتاح فكان الاصل
فيه الجمع لان الجنسية علة الضم ففي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية
والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها قوله والشافعي يعمل بقول ابن عباس
الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات خمس عشرة او ست عشرة فيه اشتباه لان قوله حمل
المروي اما ان يريد به المروي في هذا الكتاب بقوله اولا وقال ابن عباس رض يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا
بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرا وفي رواية يكبر اربعا او غير ذلك فان كان الثاني فكان في الكلام تعقيد
يعلو قدر المص عن ذلك وان كان الاول لم يبق التكبيرات الى ذكر العدد لان الزوائد فيه تسع او عشر
وبالاصليات تكون ثنتي عشرة او ثلث عشرة وايضا قال وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس ثم قال
والشافعي اخذ بقول ابن عباس وذلك يقتضي ان يكون عمل العامة اليوم على خمس عشرة تكبيرة او ست عشرة
وليس كذلك وازالة ذلك بان يقال روي عن ابن عباس رض روايتان احديهما انه يكبر في العيد ثلث عشرة تكبيرة
والاخرى انه يكبر ثنتي عشرة تكبيرة فسرهما آنفا ورعاية ان ذلك انما هو باضافة الاصليات لان الاصليات
ثلث تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع في الركعتين فاذا اضيفت الى خمس وخمس كانت ثلث عشرة واذا اضيفت
الى خمس واربع صارت ثنتي عشرة وعلى هذا عمل العامة اليوم وعمل الشافعي المروي على الزوائد فاذا اضيفت
اليها الاصليات صارت خمس عشرة وست عشرة وكان مراده بالمروي ما روي عن ابن عباس ولا تعقيد في
ذلك لان التفسير المذكور في الكتاب يدل عليه ومعنى قوله وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس على
تفسيرنا انا لا على ما حمل عليه الشافعي ويظهر من هذا البحث ان ما عليه عمل عامتنا انما هو مذهب ابن عباس لا مذهب
الشافعي قال في المحيط عملا برواية الزيادة في عيد الفطر وبرواية النقصان في عيد الاضحى عملا بالروايتين
وخصوا الاضحى بالنقصان لاستعجال الناس بالقرابين قوله ويرفع يديه في تكبيرات العيدين ط وليس بين
التكبيرات ذكر مسنون وروي عن ابي حنيفة رح انه يسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلث تسبيحات لان صلوة
العيد تقام بجمع عظيم فلو والى بين التكبيرات يشتبه على من كان نائيا عن الامام والاشتباه يرتفع بهذا
القدر من المكث وقال في المبسوط ليس هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته لان المقصود ازالة

الاشتباه

الاشتباه عن القوم وذلك يختلف بحسب كثرة القوم وقلته وعن ابي يوسف رح انه لا يرفع يديه لان الرفع
سنة الافتتاح ولا افتتاح في الزوائد وكذلك التعوذ عند ابي يوسف وعند محمد يستعيذ عند القراءة
قال ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين الخطبة في صلوة العيد تخالف خطبة الجمعة من وجهين احدهما
ان الجمعة لا يجوز بلا خطبة بخلاف العيد والثاني انها في الجمعة متقدمة على الصلوة بخلاف العيد ولو قدمها في العيد
ايضا جاز ولا يعاد الخطبة بعد الصلوة وما في الكتاب ظاهر قوله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام اي ادرك
الامام صلوة العيد ولم يؤدها معه لم يقضها عندنا وقال الشافعي رح يصلي وحده كما يصلي مع الامام لان الجماعة
والسلطان ليس بشرط عنده فكان له ان يصلي وحده وعندنا هي صلوة لا يجوز اقامتها الا بشرائط مخصوصة من
الجماعة والسلطان فاذا فاتت عجز عن قضائها فان قيل هي قائمة مقام صلوة الضحى ولهذا تكره صلوة الضحى قبل
صلوة العيد فاذا عجز عنها يصير الى الاصل كالجمعة اذا فاتت فانها تصير الى الظهر اجيب بانا ان سلمنا ذلك
لا يضرنا لانه اذا عجز عاد الامر الى الاصل وهو صلوة الضحى وهي غير واجبة فيتخير وفي الجمعة اذا عجز عاد الى الاصل
وهو فرض فيلزمه اداؤه قوله وقد ورد فيه الحديث اي المعهود وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولما شهدوا بالهلال
بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد وما بعده ظاهر قوله والتعريف الذي يصنعه الناس وانما قيد بقوله يصنعه
الناس لما انه يجيء لمعان للاعلام والتطييب من العرف وهو الريح والانشاد والضالة والوقوف بعرفات وهو
بالمعرفة وهو المراد ههنا قوله ليس بشيء اي ليس بشيء معتبر يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب وما نقل عن ابن
عباس رض انه فعل ذلك بالبصرة محمول على انه كان للدعاء لا لتشبيه باهل عرفة

فصل

في تكبير التشريق لما كان ذكرا خاصا بالاضحى ناسب ذكره في فصل على حدة ثم قيل ترجمة الفصل
بتكبير التشريق وقع على قولهما لان شيئا من التكبير لا يقع في ايام التشريق عند ابي حنيفة رح ويجوز ان يكون
باعتبار القرب اخذا منه قال ويبدأ بتكبير التشريق اختلفت الصحابة رضي الله عنهم في ابتداء التشريق
وانتهائه فاما ابتداؤه فكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود رض قالوا ابتدأ بالتكبير بعد صلوة الفجر من يوم عرفة
وبه اخذ علماؤنا في ظاهر الرواية وصغارهم كعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت رض قالوا ابتدأ
بالتكبير من صلوة الظهر من يوم النحر واليه رجع ابو يوسف في بعض الروايات عنه واما انتهاؤه فقال ابن مسعود رض
صلوة العصر من اول ايام النحر فعنده ثمان صلوات يكبر فيها وبه اخذ ابو حنيفة رح وقال علي وابن عمر رض في احدى
الروايتين عند صلوة العصر من آخر ايام التشريق فيكون ثلث وعشرون صلوة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رح وجه
كل من ذلك ما ذكر في الكتاب وذكر في الخلاصة ان ايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة ويمضي ذلك في اربعة ايام
فان العاشر من ذي الحجة نحر خاص والثالث عشر تشريق خاص واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق قوله وهذا
هو المأثور عن الخليل عم قيل اصل ذلك ما روي ان جبريل عم لما جاء بالقربان خاف العجلة على ابراهيم عم
فقال الله اكبر الله اكبر فلما رآه ابراهيم عم قال لا اله الا الله والله اكبر فلما علم اسماعيل عم بالفداء قال الله اكبر
ولله الحمد فبقي في الآخرين امانة او واجبا على ما يذكر وروي عن ابن عمر رض ان رسول الله صلعم قال افضل ما قلت
وقالت الانبياء قبلي يوم عرفة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد قوله مرة واحدة
احتراز عن قول الشافعي رح فانه يذكر التكبير ثلث مرات ولا في ذكر التهليل قوله وهو عقيب الصلوة المفروضة
على المقيمين يشير الى انه اختار كونه واجبا وهو اختيار فخر الاسلام وصدر الاسلام والاصل فيه قوله تعالى واذكروا

في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة
وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل

الله في ايام معدودات فانه جاء في التفسير ان المراد به ايام العشر فيكون واجبا عملا بالامر وذهب بعضهم الى انه
قال الامام التمرتاشي تكبير التشريق سنة وبه قال الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله وفي قوله عقيب الصلوات اشارة
الى انه لا يجوز ان يتخلل ما يقطع به حرمة الصلوة حتى لو قام وخرج من المسجد وتكلم لم يكبر وفي قوله المفروضات اشارة
الى انه لا يكبر بعد الوتر وصلوة العيد والنافلة وقيد بالامامة لان المسافر لا يكبر الا اذا اقتدى بمقيم وقيد بالامصار
لانه لا يكبر بالقرى وقيد بالجماعات لانه لا تكبير على المنفرد وقيد بالمستحبة احترازا عن جماعة النساء فانه لا تكبير
عليهن اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو واجب على كل من صلى المكتوبة لانه تبع لها وله ما روينا من قبل يريد به
ما ذكر في اول باب الجمعة وهو قوله عم لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع فان قيل هذه التكبيرات
شرعت تبعا للمكتوبات فكيف يشترط لها ما لم يشترط للمتبوع قلنا بالنص على خلاف القياس واختلف المشايخ
في اشتراط الحرية على قوله فمنهم من شرطها قياسا على الجمعة والعيد ومنهم من لم يشترط قياسا على سائر الصلوات
وفائدته تظهر فيما اذا ام العبد صلوة مكتوبة في هذه الايام فمن شرطها لم يوجب التكبير ومن لم يشترط اوجبه قال
يعقوب صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل اي قول ابو يوسف على ان الامام ان ترك التكبير
لا يدعه المقتدي لما ذكر في الكتاب بخلاف سجود السهو فانه اذا تركه الامام لم يسجد المقتدي لانه يؤتى به في
حرمة الصلوة بخلاف التكبير ولكن انما يكبر القوم قبل الامام اذا وقع الياس عن تكبير الامام بان قام قيل في ذكر
هذه الحكاية فوائد منها بيان منزلته عند استاذه حيث قدمه واقتدى به ومنها بيان حشمة استاذه في قلبه فانه
لما علم ان المقتدي به استاذه سهى بما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير ومنها مبادرة استاذه الى الستر
عليه حيث كبر ليتذكر عليه هو فكبر وهكذا ينبغي ان يكون المعاملة بين كل استاذ وتلميذ يعني ان التلميذ يعظم
الاستاذ والاستاذ يستر عليه عيوبه **باب صلوة الكسوف** قوله صلوة الكسوف كصلوة
العيد لانها تؤدى بجماعة في النهار بغير اذان واقامة واخرها عن العيد لان صلوة العيد واجبة في الاصح
على ما مر يقال كسفت الشمس كسوفا يكسف كسوفا وكسفها الله كسفا يتعدى ولا يتعدى قال جرير يرثي به
عمر بن عبد العزيز * الشمس طالعة ليست بكاسفة * تبكي عليك نجوم الليل والقمرا * قيل معناه ليست تكسف
ضوء النجوم مع طلوعها ولكن لقلة ضوئها وبكائها عليك لم يظهر لها نور وقيل معناه يغلب النجوم في البكاء
يقال باكيته فبكيته اي غلبته في البكاء وهي مشروعة اجمعت الامة على ذلك وسبب شرعيتها الكسوف ولهذا يضاف
اليه وشرطها شرط ساير الصلوات وهي سنة لان رسول الله صلعم صلاها وكيفية ادائها ان يصلي امام
الجمعة في الجامع او في المصلى في الاوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة بلا اذان ولا اقامة بركوع
واحد وقال الشافعي رح اذا كسفت الشمس في وقت مكروه او غيره يؤدى الصلوة جامعة وصلى الامام
بالناس ركعتين يقرأ في الاولى بفاتحة الكتاب وسورة البقرة ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ويمكث
في ركوعه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع راسه ويقوم ويقرأ سورة آل عمران ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها
ثم يركع ثانيا ويمكث في ركوعه مثل ما مكث في قيامه هذا ثم يرفع راسه ثم يسجد سجدتين ثم يقوم فيمكث في
قيامه ويقرأ فيه مقدار ما قرأ في القيام الثاني من الركعة الاولى ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل مكثه في هذا القيام
ثم يقوم ويمكث في قيامه مثل ما مكث في الركوع ويمكث فيه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع راسه ويقوم مثل ثلثي قيام
الاول من هذه الركعة ثم يسجد سجدتين ويتم الصلوة واحتج على ذلك بحديث عائشة رض ان النبي صلعم صلى صلوة الكسوف

ركعتين

ركعتين باربع ركوعات واربع سجدات ولنا حديث عبد الله بن عمرو والنعمان بن بشير وابي بكرة وسمرة بن جندب
رضي الله عنهم بالفاظ مختلفة ان النبي عم صلى في كسوف الشمس ركعتين كاطول صلوة كان يصليها فانجلت الشمس
مع فراغه منها واذا تعارضت الروايتان كان الترجيح لرواية ابن عمر لان الحال اكشف على الرجال لقربهم وتأويل
ما رواه ما ذكره محمد في صلوة الاثر قال يحتمل ان النبي عم اطال الركوع زيادة على قدر ركوع ساير الصلوات
فرفع اهل الصف الاول رؤسهم ظنا منهم انه عليه السلام رفع راسه من الركوع فمن خلفهم رفعوا رؤسهم فلما
راى اهل الصف الاول رسول الله صلعم راكعا ركعوا فمن خلفهم ركعوا فلما رفع رسول الله عليه السلام من الركوع
رفع القوم رؤسهم ومن كانوا خلف الصف الاول ظنوا انه ركع ركوعين فرووا على حسب ما وقع عندهم ومثل
هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في آخر الصفوف وعائشة رض كانت واقفة في صف النساء فان قيل
قد روى حديثهما من الرجال ابن عباس وقد كان في صفهم اجيب بانه كان في صف الصبيان في ذلك
الوقت قوله ويطول القراءة فيهما اي في الركعتين قوله فبيان الافضل لان فيه متابعة النبي عليه السلام
فانه صح ان قيام رسول الله عم كان في الركعة الاولى بقدر سورة البقرة وفي الثانية بقدر سورة آل
عمران وقوله لها رواية عائشة رض فانها روت ان رسول الله عم قرأ قراءة طويلة يجهر بها يعني في صلوة
الكسوف وله رواية ابن عباس وسمرة بن جندب رض انه لم يسمع من قراءته فيها حرفا والترجيح قد مر
من قبل والحال اكشف على الرجال لقربهم فان قيل ذكر في المبسوط ان عليا رض روى حديثها فان
صح ذلك فما جوابه اجيب بان الجواب بالرجوع الى الاصل فانها صلوة نهارية والاصل فيها الاخفاء
قال عليه السلام صلوة النهار عجماء وقد تقدم ذلك قوله ويدعو بعدها اي بعد صلوة الكسوف قوله
جالسا مستقبل القبلة ان شاء او قائما وان شاء يستقبل القوم بوجهه والقوم يؤمنون وقوله من جنه
الا فانع الفزع الخوف وكلامه واضح قوله فان لم يحضر يعني الامام صلى الناس فرادى ان شاؤا ركعتين
وان شاؤا اربعا لان هذا تطوع والاصل في التطوعات ذلك قوله تحرزا عن الفتنة اي فتنة التقدم
والتقدم والمنازعة فيها وقوله وليس في كسوف القمر جماعة عاب اهل الادب محمدا في هذا اللفظ وقالوا
انما يستعمل في القمر لفظ الخسوف قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر وقال في المغرب يقال كسفت
الشمس والقمر جميعا قوله فافزعوا الى الصلوة الحديث روى ابو مسعود الانصاري رض قال انكسفت
الشمس يوم مات ابراهيم ولد النبي عم فقال الناس انما انكسفت لموته فقال عم ان الشمس والقمر آيتان من
آيات الله لا ينكسفان لموت احد ولا لحيوته فاذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة اي
التجئوا اليها فان قيل امر والامر للوجوب وكان ينبغي ان يكون صلوة الكسوف واجبة كما قد ذهب
الى ذلك بعض اصحابنا واختاره صاحب الاسرار والعامة ذهبت الى كونها سنة لانها ليست من شعائر
الاسلام فانها توجد بعارض لكن صلاها النبي عم وكانت سنة والامر للندب وقوله في الكسوف
اي كسوف الشمس والقمر خطبة وقال الشافعي في كسوف الشمس يخطب بعد الصلوة خطبتين كما في العيدين
لما روت عائشة رض قالت خسفت الشمس على عهد رسول الله صلعم فصلى ثم خطب فحمد الله تعالى واثنى عليه
ولنا انه لم ينقل وذلك دليل على انه لم يفعل وان صح فتاويله انه عم خطب لان الناس كانوا يقولون
انها كسفت لموت ابراهيم فاراد ان يرد عليهم **باب صلوة الاستسقاء** اخر صلوة

الاستسقاء عن صلوة الكسوف لان صلوة الكسوف سنة وقال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة
فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل
السماء عليكم مدرارا روي ان قوم نوح عليه السلام لما كذبوه بعد طول تكرير الدعوة حبس الله عنهم المطر واعقم ارحام
نسائهم اربعين سنة وقيل سبعين سنة فوعدهم انهم ان آمنوا رزقهم الله الخصب ودفع عنهم ما كانوا عليه ووجه
الاستدلال به ان شرائع من قبلنا شريعة لنا اذا قص الله ورسوله من غير انكار وههنا كذلك ورسول الله صلعم
لم يرو عنه الصلوة وانما المروي عنه عليه السلام في ذلك الدعاء روى انس رضي الله عنه ان الناس قد قحطوا في زمن
رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله عليه السلام يخطب فقال يا رسول الله هلكت
المواشي وخشينا الهلاك على انفسنا فادع الله تعالى ان يسقينا فرفع رسول الله عليه السلام يديه فقال اللهم اسقنا
غيثا مغيثا هنيئا مريئا غدقا مغدقا عاجلا غير رايث قال الراوي ما كان في السماء قزعة فارتفعت السحاب من ههنا
وههنا حتى صارت ركاما ثم مطرت سبعا من الجمعة الى الجمعة ثم دخل ذلك الرجل والنبي عم يخطب والسماء تسكب
فقال يا رسول الله تهدم البنيان وانقطعت السبل فادع الله تعالى ان يمسكه فتبسم رسول الله لملالة بني آدم
قال الراوي والله ما نرى في السماء خضراء ثم رفع يديه فقال اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام والظراب
وبطون الاودية ومنابت الشجر فانجابت السحابة عن المدينة حتى صارت حولها كالاكليل ولم يذكر غير الدعاء قوله وقالا
يصلي الامام ركعتين لما روي انه عليه السلام صلى فيها ركعتين كصلوة العيد في الجهر بالقراءة والصلوة بلا اذان
ولا اقامة رواه ابن عباس رضي الله عنه قلنا ان ثبت ذلك دل على الجواز ونحن لا نمنعه وانما الكلام في انها سنة ام لا والسنة
ما واظب عليه النبي عم وههنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن فعله اكثر من تركه حتى يكون مواظبة فلا يكون سنة فان
قيل كلام المص متناقض لانه قال اولا ولم ترو عنه الصلوة ثم قال لما روي عنه فالجواب ان المروي لما كان شاذا
فيما تعم به البلوى جعله كانه غير مروي قوله وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده يعني ان ابا يوسف مع ابي حنيفة
وهكذا ذكر في المبسوط والمحيط وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد كما ذكر في الكتاب قوله ويجهر فيهما بالقراءة
اتفقا على الجهر بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد واختلفا في الخطبة فقال محمد هي كخطبة العيد وقال ابو يوسف خطبة
واحدة وبكل ذلك ورد الحديث ولا خطبة عند ابي حنيفة رح لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده قال ابن عباس رضي الله عنه
خرج رسول الله صلعم متبذلا متواضعا متضرعا حتى اتى المصلى فرقى على المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء
والتضرع والتكبير ويستقبل القبلة لما روي انه عم فعل كذلك وعن ابي يوسف انه قال ان شاء رفع يديه في
الدعاء وان شاء اشار باصبعه ويقلب رداءه وصفة التقليب ان كان الرداء مربعا ان يجعل اعلاه
اسفله واسفله اعلاه وان كان مدورا بان كان جبة ان يجعل الايمن الايسر والايسر الايمن قوله لما روينا يريد
به قوله لما روي انه عم استقبل القبلة وحول رداءه قال المص هذا قول محمد واما عند ابي حنيفة فلا يقلب
ولم يذكر قول ابي يوسف لانه مضطرب ذكر الحاكم مع ابي حنيفة والكرخي مع محمد قوله لانه اي الاستسقاء
دعاء وليس في شيء من الادعية قلب رداء فكذا هذا قوله وما رواه كان تفاؤلا جواب عن استدلاله
بالحديث ومعناه ان النبي عم تفاءل بتغيير الهيئة ليتغير الهواء يعني غيرنا ما كنا عليه فغير اللهم الحال وفي كلامه
نظر من وجهين احدهما انه تعليل في مقابلة النص وهذا باطل والثاني انه عليه السلام تفاءل بذلك فينبغي ان يفعل
كل من يبتلى بذلك تأسيا به صلى الله عليه وسلم والجواب عن الاول انه ليس تعليلا في مقابلة النص

بل

بل من باب العمل بالقياس بعد تعارض النصين وذلك لان ما رواه محمد يدل على القلب وما رواه انس رض يدل على انه
لا تحويل فيه فتعارضا فيصار الى ما بعدهما من الحجة وهو القياس والمص لم يتعرض لذلك لتقدم ذكره وعن الثاني
ان النبي عم يجوز ان يكون علم بالوحي ان الحال يتغير الى الخصب متى قلب الرداء وهذا مما لا يتاتى من غيره فلا
فائدة في التاسي ظاهرا فيما يخالفه القياس قوله ولا يقلب القوم ارديتهم قيل هو بالتشديد لان فيه تكثير اعني
الاول قوله لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم بذلك وفيه نظر لانه استدلال بالنفي وهو باطل لانه احتجاج
بلا دليل ومثل هذا صنع في آخر باب الكسوف حيث قال لانه لم ينقل والجواب ان التعليل بالنفي لا يصح اذا
لم تكن العلة متعينة اما اذا كانت فلا باس به لان انتفاء العلة المتعينة يستلزم انتفاء الحكم الا ترى الى محمد
في ولد المغصوب انه لا يضمن لان الغصب لم يرد عليه وموضعه اصول الفقه فان قيل قد روي ان القوم قلبوا
ارديتهم حين رأوا قلب النبي عم ولم ينكر عليهم اجيب بان قلبهم هذا كخلعهم النعال حين رأوه عليه السلام خلع نعليه
في صلوة الجنازة ولم يكن بحجة فكذا هذا وانما لم ينكر عليهم لانه ليس بحرام بالاختلاف وانما الكلام في كونه سنة
قال ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء ظاهر وانما يخرج المسلمون ثلثة ايام ولم ينقل اكثر من ذلك
قيل يستحب للامام ان يامر الناس بصيام ثلثة ايام وما اطاقوا من الصدقة والخروج من المظالم والتوبة من المعاصي
ثم يخرج بهم الامام اليوم الرابع بالعجائز والصبيان متنظفين في ثياب بذلة متواضعين لله ويستحب اخراج
الدواب

باب صلوة الخوف

وجه المناسبة بين البابين ان شرعية كل
منهما لعارض خوف وقدم الاستسقاء لان العارض ثمة انقطاع المطر وهو سماوي وههنا اختيار العباد وهو الجهاد
الذي سببه كفر الكافر وصورة صلوة الخوف ما ذكره في الكتاب قال واذا اشتد الخوف قيل الاشتداد
ليس شرطا عند عامة مشايخنا قال في التحفة سبب جواز صلوة الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخوف والاشتداد
وقال شيخ الاسلام في مبسوطه المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو لا حقيقة الخوف واقيم مقام حقيقة
الخوف قيل صلوة الخوف على الوجه المذكور في الكتاب انما يحتاج اليه اذا تنازع القوم في الصلوة خلف الامام
فقال كل طائفة منهم نحن نصلي معك واما اذا لم يتنازعوا فالافضل ان يصلي الامام بطائفة تمام الصلوة ويسلم
الى وجه العدو ويامر رجلا من الطائفة التي بازاء العدو ان يصلي بهم تمام صلوتهم ايضا وقدم الطائفة التي
صلت مع الامام بازاء العدو قوله وابو يوسف وان انكر شرعيتها اي كونها مشروعة وكان يقول اولا مثل
ما قالا ثم رجع وقال كانت مشروعة في حيوة النبي عم خاصة لقوله تعالى واذا كنت فيهم الآية لينال كل طائفة
فضيلة الصلوة خلفه عم وقد ارتفع ذلك بعده وكل طائفة يتمكن من اداء الصلوة بامام على حدة فلا يجوز
اداؤها بصفة الذهاب والمجيء قوله بما رويناه يريد به قوله والاصل فيه رواية ابن مسعود ان النبي عليه السلام
صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا قال بعض الشارحين هذا في غاية البعد عن التحقيق لان ابا يوسف لم
ينكر شرعيتها في زمنه عليه السلام فكيف يكون ما رواه حجة على ابي يوسف من حيث الدلالة لان شرعية العبادة وذلك
لان السبب هو الخوف وهو يتحقق بعد رسول الله عم كما كان في حيوته ولم يكن ذلك لنيل فضيلة الصلوة خلفه
عليه السلام لان ترك المشي والاستدبار في الصلوة فريضة والصلوة خلفه فضيلة ولا يجوز ترك الفرض لاحراز
الفضيلة والخطاب للرسول وقد لا يختص به كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة والمعلق بالشرط لا يوجب
عدم الحكم عند عدمه عندنا على ما عرف بل هو موقوف الى قيام الدليل وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل

الصحابة رضي الله عنهم بعد النبي عم فانه روي عن سعد بن ابي وقاص وابي عبيدة بن الجراح وابي موسى الاشعري وكذا
روي عن سعيد بن ابي العاص انه حارب المجوس بطبرستان ومعه الحسن بن علي وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن
العاص وصلى بهم صلوة الخوف ولم ينكر احد فحل محل الاجماع قوله ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب
مذهبنا وقال الثوري بالعكس لان فرض القراءة في الركعتين الاوليين فينبغي ان يكون لكل طائفة من ذلك
حظ وقوله لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن معناه انه يصلي بكل طائفة شطر الصلوة وشطر المغرب
ركعة ونصف فيكون في حق الطائفة الاولى نصف ركعة والركعة الواحدة لا تتجزى فثبت بكلها حكم السبق
وقال الشافعي رح ان شاء يصلي مثل مذهب الثوري وان شاء يصلي مثل مذهبنا ولا يقاتلون في حال الصلوة
فان فعلوا ذلك بطلت صلوتهم وقال مالك لا تفسد وهو قول الشافعي في القديم لظاهر قوله تعالى وليأخذوا
حذرهم واسلحتهم والامر باخذ السلاح في الصلوة لا يكون الا للقتال ولنا ما ذكر ان النبي عم شغل عن اربع
صلوات يوم الاحزاب فلو جاز الاداء مع القتال لما تركها والامر باخذ الاسلحة لكيلا يطمع فيهم العدو
اذا رأوهم مستعدين او ليقاتلوا بها اذا احتاجوا ثم يستقبلوا الصلوة قوله فان اشتد الخوف بان
لا يدعهم العدو ان يصلوا نازلين بل يلجئهم بالمحاربة صلوا ركبانا الى آخره فيه اشارة الى ان اشتداد
الخوف شرط جواز الصلوة ركبانا فرادى وهو مرة لا شرط جواز صلوة الخوف حتى لو ركب في غير حالة الاشتداد
بطلت صلوته لانه عمل كثير لم يرد فيه النص بخلاف المشي والذهاب فانه ورد فيهما النص ببقاء التحريمة
وان كان عملا كثيرا فعن محمد انهم يصلون بجماعة استحسن ذلك لنيل فضيلة الصلوة بالجماعة وليس بصحيح
لان اتحاد المكان شرط صحة الاقتداء ولم يوجد الا ان يكون الرجل مع الامام على دابة واحدة فيصح
الاقتداء لانتفاء المانع والخوف من سبع بمنزلة كالخوف من العدو لان الرخصة لدفع سبب الخوف
عنهم ولا فرق في هذا بين السبع والعدو

باب الجنائز

الجنائز جمع جنازة والجنازة بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان وعن الاصمعي لا يقال بالفتح ولما كان
الموت آخر العوارض ذكر صلوة الجنازة آخرا للمناسبة الا ان هذا يقتضي ان يذكر الصلوة في الكعبة قبلها
ولكن اخرها ليكون ختم كتاب الصلوة بما يتبرك بها حالا ومكانا قوله واذا احتضر الرجل اي قرب من الموت وقد
يقال احتضر اي مات لان الوفاة حضرته او ملائكة الموت قوله على شقه اي على جنبه الايمن اعتبارا بحال الوضع
في القبر فانه يوضع فيه كذلك بالاتفاق ولا تراشق فيه اي على الوضع في القبر ما اشتهر اذا في مرض اخذه
قوله ولقن الشهادتين تلقينها ان يقال عنده وهو يسمع ولا يقال له قل لان الحال صعب عليه فربما يمتنع عن
ذلك والعياذ بالله وقوله والمراد الذي قرب من الموت دفع لوهم من توهم ان المراد به قراءة التلقين
على القبر كما ذهب اليه بعض فيكون من باب قولك انك ميت ومن قتل قتيلا فله سلبه قوله ثم فيه تحسين لانه
اذا ترك مفتوح العين يصير كريه المنظر ويقبح في اعين الناس والقائم

فصل في الغسل

ذكر
احوال الميت في فصول وقدم الغسل لانه اول ما يصنع به وهو واجب على الاحياء بالاجماع واختلفوا في
سبب وجوب الغسل فقيل انما وجب لحدث حل به باسترخاء المفاصل لا لنجاسة حلت به فان الآدمي لا
ينجس بالموت كرامة اذ لو تنجس لما طهر بالغسل كسائر الحيوانات وكان الواجب اقتصار الغسل على اعضاء
الوضوء كما في حال الحياة لكن ذلك انما كان نفيا للحرج فيما يتكرر في كل يوم والحدث بسبب الموت لا يتكرر
فكان كالجنابة لا يكتفى فيها بغسل الاعضاء الاربعة بل بقي على الاصل وهو وجوب غسل البدن لعدم الحرج فكذا
هذا وقال العراقيون وجب غسله لنجاسة الموت لا بسبب الحدث لان للآدمي دما سائلا كالحيوانات الباقية فيتنجس
بالموت قياسا على غيره منها الا يرى انه اذا مات في البئر نجسها ولو حمله المصلي لم تجز صلوته ولو لم يكن نجسا لجازت كما
لو حمل محدثا او جنبا وانما تزول نجاسته بالغسل كرامة قوله واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير ليتصب الماء
عنه اي عن الميت وقوله ليتصب علة الوضع على السرير فانه لو وضع على الارض تلطخ بالطين ولم يبق كيفية وضع
التخت الى القبلة طولا او عرضا ولا كيفية وضع الميت على التخت اما الاول فمن اصحابنا من اختار الوضع طولا كما
كان يفعل في مرضه اذا اراد الصلوة بالايماء ومنهم من اختار عرضا كما يوضع في القبر قال شمس الائمة السرخسي
والاصح انه يوضع كيف اتفق فانه يختلف باختلاف الاماكن والمواضع واما الثاني فليس فيه رواية الا ان العرف
فيه ان يضع مستلقيا على قفاه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر فان الآدمي محترم حيا وميتا
عورته كذلك ويكتفى بستر العورة الغليظة بان يستر السوأة ويترك فخذاه مكشوفين في ظاهر الرواية
تيسيرا لانه ربما يشق عليهم غسل ما تحت الازار قوله وهو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال
يوضع على عورته خرقة من السرة الى الركبة ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف وهذا لان المقصود من الغسل
هو التطهير والتطهير لا يحصل اذا غسل مع ثيابه لان الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانيا بنجاسة
الثوب فلا يفيد الغسل فيجب التجريد وفيه نفي لقول الشافعي رح ان السنة ان يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل
الغاسل يده في الكم ويغسل بدنه وان كان ضيقا خرق الكم لان النبي عم لما توفي غسل في قميصه الذي توفي فيه وما
كان سنة في حق النبي عم كان سنة في حق غيره ما لم يقم دليل التخصيص ولنا قد قام دليل التخصيص وهو
حديث عائشة رض ان النبي عم لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله فقالوا لا ندري كيف نغسله نغسله كما نغسل موتانا
او نغسل وعليه ثيابه فارسل الله تعالى عليهم النوم فما منهم الا نام وذقنه على صدره اذ ناداهم مناد ان اغسلوا
رسول الله وعليه ثيابه فقد اجمعت الصحابة رض ان السنة في سائر الموتى التجريد وقد خص صلى الله عليه وسلم بخلاف
ذلك بالنص لعظم حرمته ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق اما الوضوء فلانه سنة الاغتسال واما تركهما
فلان اخراج الماء منه متعذر فيكون سقيا لا مضمضة ولو كب على وجهه ليخرج من جوفه ابو حنيفة رحمه الله وقال
الشافعي رح يمضمض ويستنشق اعتبارا بحال الحياة اجيب بانه اعتبار فاسد لان النبي عم قال الميت
يوضأ وضوءه للصلوة ولا يمضمض ولا يستنشق ولم يذكر محمد في الكتاب انه يستنجي ولا ذكر في صلوة الاثر
ان على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يستنجي وعلى قول ابي يوسف رح لا يستنجي لان المسكة تزول بالموت والمفاصل
تسترخي فربما يزداد الاسترخاء بالاستنجاء فيخرج نجاسة من باطنه ولا يفيد الاستنجاء فائدة ولهما ان
موضع الاستنجاء من الميت فلا يخلو عن نجاسة حقيقية فيجب ازالتها كما لو كانت في موضع آخر من البدن ثم الا
على المضمضة والاستنشاق في الاستنجاء يدل على ان بقية الافعال من تقديم غسل اليدين الى الرسغ والمسح
الرأس كما كانت في الجنابة هو الصحيح وفي صلوة الاثر لا يبدأ بغسل اليدين بل يغسل الوجه ولا يمسح على الرأس
قوله ثم يفيضون الماء عليه يعني ثلاثا وان زاد على ذلك جاز كما في حالة الحياة وقوله ويجمر سريره اي يجمر
يعني يبخر بالمجمر وهو الذي يوقد فيه العود حوالي السرير ثلاثا او خمسا او سبعا اما التجمير فلان فيه تعظيم الميت
واما الايتار فلقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر قوله ويغلي الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف لان الغلي والغسل

لانه قال الشافعي رح الغسل بالماء البارد افضل حذرا عن زيادة الاسترخاء الموجب لخروج النجاسة المحتجبة
لكفر ولنا ان غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار ابلغ في التنظيف لانه يخرج جميع ما هو معد للخروج ولا يخفى
الكفر بعد الفراغ عن الغسل فان لم يكن اي فان لم يوجد الماء المغلي بالسدر او بالحرض وهو الاشنان يغسل بالماء
القراح اي الخالص واما اذا وجد ذلك فالترتيب ما ذكره في مبسوط شيخ الاسلام والمحيط وهو المروي عن ابن مسعود
انه يبدأ اولا بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن من الدرن والنجاسة ثم بماء السدر والحرض ليزول ما على
البدن من ذلك لانه ابلغ في التنظيف ثم بماء الكافور وجد تطييبا لبدن الميت كذا فعلت الملائكة بآدم
عليه السلام حين غسلوه ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له لانه مثل الصابون في التنظيف
ثم يضجع على شقه الايسر لما بينا قوله لان السنة هي البداءة بالميامن وروي عن ام عطية ان رسول الله صلعم
قال للنساء في غسل ابنته ابدأن بميامنها ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا يعني بلا عنف
حتى ان بقي عند المخرج شيء يسيل تحرزا عن تلويث الكفن والاصل فيه ما روي ان عليا رضه لما غسل رسول
الله صلعم مسح بطنه بيده رفيقا طلب منه ما يطلب من الميت فلم ير شيئا قال طبت حيا وميتا فان خرج
منه شيء غسله بعد ان يمسحه لان الغسل قبل المسح ربما يعدي عن ذلك الموضع ولا يعيد غسله نوى بعضهم
الغير منها فلا وضوء ولان الغسل قد عرفناه بالنص وهو قوله عم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر
منها الغسل بعد الموت وقد حصل مرة وسقط الواجب فلا يعيده واما الوضوء فلان الخارج ان كان
حدثا فالموت ايضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث والمذكور في الكتاب من مسح البطن بعد
المرة الثانية من الغسل ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول انه قال يقعده اولا ويمسح
بطنه ثم يغسله لان المسح قبل الغسل اولى حتى يخرج ما في بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلاثا بعد خروج
النجاسة وجه الظاهر ان النجاسة قد يكون مستعقدة لا يخرج الا بعد الغسل مرتين بماء حار فكان المسح
بعد المرتين اقدر على اخراج ما به من النجاسة فيكون اولى واعلم ان التثليث في غسله سنة لحديث ام عطية
اغسلنها ثلاثا او خمسا وقال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي يغسل اولا وهو على جنبه الايسر ثم يغسل
وهو على جنبه الايمن ثم يغسل وهو على جنبه الايسر ليحصل الغسل ثلاثا وقال بعض الشارحين ترك المصنف ذكر
الثالث وقال بعضهم الثالث هو قوله ثم ينشفون الماء عليه ورد بانه قال بعد ذلك ويغسل رأسه ولحيته
بالخطمي وغسل الرأس بعد الوضوء قبل الغسل بالاجماع فكيف يكون ذلك ثالثا وانما ذلك ذكر الغسل
وما بعده تفصيله وقال بعضهم يجوز ان يكون المذكور في الكتاب من الغسل مرتين مختار المصنف والتثليث
في النصب سنة عند كل اضطجاع وهذا انسب قيل النية لا بد منها في غسل الميت حتى لو اخرج الغريق وجب
غسله الا اذا حرك عند الاخراج بنية الغسل لان الخطاب بالغسل توجه على بني آدم ولم يوجد منهم شيء عند
عدم التحريك وفيه نظر لان الماء مزيل بطبعه فكما لا يجب النية في غسل الحي فكذا لا يجب في غسل الميت ولهذا
قال في فتاوى قاضي خان ميت غسله اهله من غير نية الغسل اجزاهم ذلك قوله ثم ينشفه بثوب والحنوط
عطر مركب من اشياء طيبة والمراد بالمساجد الجبهة والانف واليدان والركبتان والقدمان لانه كان يسجد بهن
الاعضاء فيختص بزيادة الكرامة قوله ولا يسرح شعر الميت تسريح الشعر تخليص بعضه عن بعض وقيل تخليطه
بالمشط وقيل مشط قوله ولا يقص ظفره روي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الظفر ان كان منكسرا

فلا بأس باخذه وقوله علام اصله على ما دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فاسقط الفها كما في قوله عم يتساءلون
ونبالا لعنوت الرجل نصوا اي اخذت ناصيته ومددتها روي ان عائشة رضه سئلت عن تسريح شعر الميت فقالت علام
تنصون ميتكم كانها كرهت تسريح رأس الميت فجعلته بمنزلة الاخذ بالناصية في كونه غير محتاج اليه قاله في النهاية
قوله وفي الحي كان تنظيفا جواب اشكال اي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لانه محتاج
الى الزينة ولا يعتبر في حقه وفيما لا يجز بخلاف الميت فانه لا يسن فيه ازالة الجزء كما في الختان حيث يفرق بين
الحي والميت فيه بان يختن الحي ولا يختن الميت بالاتفاق فكذا في كل زينة متضمن ابانة الجزء يجب ان يفرق
بينهما ولم اجد له ربطا بكلام المصنف اصلا ولكني اقول قوله ولان هذه الاشياء للزينة اي لزينة الميت وقد استغنى
الميت عنها اي عن الزينة فاستغنى عن هذه الاشياء فان قيل لا نسلم ان هذه الاشياء لزينة الميت فانها تفعل
بالحي ايضا اجاب بقوله وفي الحي كان تنظيفا يعني انما كانت تفعل بالحي من حيث انها زينة بل من حيث انها تنظيف
لاجتماع الوسخ تحتها وذكر الضمير في تحته بتأويل المذكور ويمكن ان يقال هذا اذا كان في الحي تنظيفا لكن
الميت ايضا محتاج الى التنظيف ولهذا قال يغلي الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف ويغسل
رأسه ولحيته ليكون انظف له فليستعمل هذا من حيث التنظيف ويمكن ان يقال انه تنظيف بابانة جزء وذلك
في الميت غير مسنون كما في الختان هذا ما سنح لي في هذا المقام والله اعلم بالصواب فصل في التكفين
رتب هذه الفصول على حسب ترتيب ما فيها من الافعال بتكفين الميت لفه بالكفن وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين
والارث والوصية ولذلك قالوا ومن لم يكن له مال فكفنه على من يجب عليه نفقته كما يلزمه كسوته في حال حيوته قوله
السنة ان يكفن يعني تكفينه في ثلثة اثواب سنة وذلك لان ثم اعلى ان يكون اصل التكفين واجبا ثم التكفين ثلثة
يكون في حالة الضرورة اولا فان كان الاول كفن بما وجد لما روي ان مصعب بن عمير صاحب راية رسول الله
استشهد يوم احد وترك نمرة وهي كساء فيه خطوط بيض وسود فاخبر رسول الله صلعم بذلك فامر بان يكفن
فيها وان كان الثاني فهو على نوعين كفن سنة وهو في حق الرجل ثلثة ازار وقميص ولفافة لما ذكر في الكتاب
والسحولية نسبة الى السحول بفتح السين وعن الازهري بالضم وهي قرية باليمن وفي المرأة خمسة اثواب درع
وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها وكفن كفاية وهو في حق الرجل ثوبان ازار ولفافة
وفي حق المرأة ثلثة قميص وازار وخمار وما في الكتاب واضح فصل في الصلوة على الميت
الصلوة على الميت فرض كفاية اما فرضيتها فلان الله تعالى امر بقوله وصل عليهم والامر للوجوب
وعلى ذلك اجمعت الامة واما انها على الكفاية فلان في الايجاب على الجميع استحالة او حرجا فاكتفي بالبعض
كما في الجهاد روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الامام الاعظم وهو الخليفة اولى ان حضر وان لم يحضر
فامام المصر اولى وان لم يحضر فالقاضي اولى فان لم يحضر فصاحب الشرط اولى فان لم يحضر فامام الحي فان لم
يحضر فالاقرب من ذوي قرابته وبهذه الرواية اخذ كثير من مشايخنا وقوله في الكتاب السلطان يجوز
ان يراد به الامام الاعظم او الحصر وامام المصر قوله ثم الولي انما هو على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
واما عند ابي يوسف رح فالولي اولى بالصلوة على الميت على كل حال قال الله تعالى واولوا الارحام بعضهم
اولى ببعض في كتاب الله ولهما ان الحسن بن علي لما مات خرج الحسين والناس لصلوة الجنازة فقدم الحسين
سعيد بن العاص وكان سعيد يومئذ واليا بالمدينة فابى ان يتقدم فقال له الحسين تقدم ولولا السنة

واولى الناس بالصلوة على الميت السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضي به في حال حيوته

مانوه منك والآية محمولة على الوارث وعلى ولاية المناكح **قوله** والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح فيقتضي ان
يتقدم الابن على الاب وقد ذكر محمد في كتاب الصلوة ان الاب اولى من الابن من المشايخ من قال هو قول محمد واما في قول ابي حنيفة
فالابن اولى وعلى قول ابي يوسف في الولاية لهما الا انه يقدم الاب احتراما له ومنهم من قال لا بل ما ذكر في صلوة الجنازة
ان الاب اولى قول الكل لان للاب زيادة فضيلة وسن ليست للابن وللفضيلة اثر في استحقاق الامامة فيرجح الاب
بذلك بخلاف النكاح وعلى قولـه هو الاصح قوله والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح محمول على غير الاب والابن فبنوا
الاعيان يحجبون بني العلات والاكبر سنا يحجب الاصغر من كل واحد منهما لان النبي عم امر بتقديم الاسن فان
اراد الاكبر ان يقدم انسانا فليس ذلك الا برضى الآخر لان الحق لهما لاستوائهما في القرابة وان اراد بنو الاعيان
تقديم انسان فليس لاحد من بني العلات منعه لانه لا حق له مع وجودهم وابن عم المرأة احق من زوجها اذا لم يكن
لها منه ابن لانقطاع النكاح بموتها والتحاقه بالاجانب فان كان ذلك فهو احق بالصلوة عليها لان الحق ثبت
للابن في هذه الحالة ثم الابن يقدم اباه احتراما فيثبت للزوج حق الصلوة عليها من هذا الوجه قال القدوري
وساير القرابات اولى من الزوج وقال الشافعي رح الزوج اولى لان ابن عباس رض صلى على امرأة وقال انا احق بها
ولنا ما روي عن ابن عمر انه لما ماتت امرأته قال لاوليائها كنا احق بها حين كانت حية فاذا ماتت انتم احق بها وحديث ابن
عباس محمول على انه كان اماما حتى قوله فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي وانما قيد بذكر السلطان لانه لو صلى السلطان
فلا اعادة لاحد لانه هو المقدم على الولي ثم هو ليس يختص على السلطان بل كل من كان مقدما على الولي في ترتيب
الامامة في صلوة الجنازة على ما ذكرنا فصلى هو لا يعيد الولي ثانيا قال الامام الولوالجي في فتاواه رجل صلى
على جنازة والولي خلفه ولم يرض به ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه صلى مرة ولو لم يتابعه فان كان المصلي سلطانا
او الامام الاعظم في البلدة او القاضي او الوالي على البلدة او امام حي ليس له ان يعيد لانهم اولى بالصلوة
منه وان كان غيرهم فله الاعادة وكذا ذكر في التجنيس والفتاوى الظهيرية قال في النهاية ذكر في الكتاب اعادة
الولي اذا لم يصلها ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم يصلها فيجب ان يكون حكمه في ولاية الاعادة كحكم الولي لما
انه مقدم في حق صلوة الجنازة على الولي فلما ثبت حق الاعادة للادون فلان يثبت للاعلى منه اولى وقال وقد
وجدت رواية في نوادر الصلوة تشهد بما ذكرته قال في قوله وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده تخصيص الولي
ليس بمفيد لما انه لو صلى السلطان او غيره ممن هو اولى من الولي في الصلوة على الميت ممن ذكرنا ليس لاحد ان يصلي بعده
ايضا على ما ذكرنا من رواية الولوالجي والتجنيس وهذا الذي ذكره بقوله لم يجز لاحد ان يصلي بعده مذهبنا وقال
الشافعي رح يعاد الصلوة على الجنازة مرة بعد اخرى لما روي ان النبي عم مر بقبر جديد فسأل عنه فقيل قبر
فلانة فقال هلا اذنتموني بالصلوة فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها
ولنا ان رسول الله صلعم صلى عليه اصحابه فوجا بعد فوج ولنا ما ذكر في الكتاب **قوله** وهو اليوم كما وضع لان
لحوم الانبياء عليهم السلام حرام على الارض به ورد الاثر وانما صلى النبي عم لان الحق كان له قال الله تعالى
النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وليس لغيره ولاية الاسقاط وهكذا تأويل فعل الصحابة فان ابا بكر رض كان مشغولا
بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ
صلى عليه ثم لم يصل احد بعده عليه كذا في المبسوط **قوله** صلى على قبره يعني اذا وضع اللبن على اللحد واهيل
التراب عليه اما اذا لم يوضع اللبن على اللحد او وضع ولكن لم يهل التراب عليه يخرج ويصلى عليه لان التسليم لم يتم

بعد

بعد كذا في المحيط قوله والمعتبر في ذلك اي في عدم التفسخ **قوله** هو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف في
الامالي انه يصلى على الميت في القبر الى ثلثة ايام وبعده لا يصلى عليه وهكذا ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد عن ابي حنيفة
والصحيح ان ذلك ليس بتقدير لازم لان تفرق الاجزاء يختلف باختلاف حال الميت من السمن والهزال وباختلاف الزمان
من الحر والبرد وباختلاف المكان من الصلابة والرخاوة والذي روي ان النبي عليه السلام صلى على شهداء احد بعد
ثماني سنين معناه دعا لهم وقيل انهم لما دفنوا لم تتفرق اعضاؤهم واذا كان اكبر الرأي هو المعتبر فان كان
في اكبر رأيهم ان اجزاء الميت قد تفرقت قبل ثلثة ايام لا يصلون عليه الى ثلثة ايام وان كان في رأيهم انها لم تتفرق بعد
ثلثة ايام يصلى عليه بعد ثلثة ايام قال والصلوة ان يكبر تكبيرة الصلوة اربع تكبيرات يحمد الله تعالى
عقيب التكبيرة الاولى ولم يعين في ظاهر الرواية بخلاف سائر الصلوات فانه يقول فيها سبحانك اللهم الخ
كما تم فقد اختلفوا في هذا التحريم فقال بعضهم يحمد الله كما ذكر في ظاهر الرواية وقال بعضهم يقول سبحانك
اللهم الخ كما في الصلوة المعهودة واليه اي الى مختار المص حيث اشار اليه بقوله والبداية بالثناء فان
المعهود من الثناء ذلك ولا يرفع يديه في التكبيرات الا عند الافتتاح ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلي على النبي عم
لان الثناء على الله يعقبه الصلوة على النبي عم كما في التشهد وعلى ذلك وضعت الخطب ثم يكبر تكبيرة ثالثة
يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا الخ ان كان يحسن ذلك والا فيأتي باي دعاء
كان لان الثناء على الله تعالى والصلوة على النبي عم يعقبه الدعاء والاستغفار قال صلى الله عليه وسلم
اذا اراد احدكم ان يدعو فليحمد الله تعالى وليصل على النبي عم ثم يدعو ثم يكبر الرابعة ويسلم لان النبي عم
كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها وكان ما بعد التكبيرة الرابعة اوان التحلل وذلك بالسلام
فليس بعدها دعاء سوى السلام في ظاهر الرواية واختار بعض المشايخ ان يقال ربنا آتنا في الدنيا حسنة
وفي الآخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار وبعضهم ان يقول ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ
هديتنا الآية ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المقتدي في الخامسة لكونها منسوخة بما روينا انه عليه السلام
كبر اربعا في آخر صلوة صلاها وقال زفر يتابعه لانه مجتهد فيه لما روي ان عليا رضي الله عنه كبر خمسا فيتابعه
المقتدي كما في تكبيرات العيد قلنا ثبت ان الصحابة تشاوروا فرجعوا الى آخر صلوة صلاها فصار ذلك
منسوخا باجماعهم ومتابعة المنسوخ خطأ واذا لم يتابعه ماذا يصنع في رواية عن ابي حنيفة يسلم للحال تحقيقا
للمخالفة وفي اخرى ينتظر تسليم الامام ليصير متابعا فيما وجب المتابعة فيه قال المص وهو المختار **قوله**
والاتيان بالدعوات يعني بعد التكبيرة الثالثة اشارة الى ان المقصود هو الدعاء والبداءة بالثناء والصلوة
على النبي عم سنة الدعاء تحصيلا للاستجابة فانه روي ان رسول الله صلعم رأى رجلا فعل كذا بعد
الفراغ من الصلوة فقال عم ادع فقد استجيب لك وعلى هذا لا يستغفر للصبي لانه لا ذنب له ولكن
يقول اللهم اجعله لنا فرطا اي اجرا يتقدمنا واصل الفرط فيمن يتقدم الوارد ومنه الحديث انا فرطكم على
الحوض اي متقدمكم واجعله لنا ذخرا اي خيرا باقيا واجعله لنا شافعا مشفعا اي مقبول الشفاعة **قوله**
ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين [illegible] وحاصله ان الحاضر بعد التكبيرة الاولى عند ابي يوسف كالمسبوق
والمسبوق يأتي بتكبيرة الافتتاح اذا انتهى الى الامام وكذا هذا وعندهما وان كان كالمسبوق لكن كل
تكبيرة بمنزلة ركعة من الصلوة ولهذا قيل اربع كاربع الظهر والمسبوق لا يأتي بما فاته قبل فراغ الامام ينتظر

حتى يكبر الامام فيكبر معه ويكون هذه التكبيرة تكبيرة الافتتاح في حق هذا الرجل فيصير مسبوقا بما فاته من
بكبيرة او تكبيرتين يأتي به بعد ما سلم الامام وهو مروي عن ابن عباس رض وقوله اذ هو اي الاتيان بما فاته
قبل اداء ما ادرك مع الامام منسوخ قوله ولو كان حاضرا اي الذي فاته التكبيرة لا ينتظر الثانية
بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك لتلك التكبيرة ضرورة العجز عن المقارنة وشرط قضاء التكبير الفائت ان لا
يرفع الجنازة لان الصلوة لا تجوز بعد رفعها وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا سلم الامام فان عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله يكبر المسبوق قبل ان يرفع الجنازة لانه صار مسبوقا بها وعند ابي يوسف رح يسلم مع
الامام لانه لم يصر مسبوقا بشيء لانه كبر عند الدخول ولو كان مسبوقا باربع تكبيرات وجاء قبل ان يسلم
الامام فانه لا يكون مدركا للصلوة عندهما لانه لو كبر صار مشتغلا لقضاء ما سبق به قبل فراغ الامام
واذا سلم الامام فاتته الجنازة وعلى قول ابي يوسف رح يكبر ويشرع في صلوة الامام ثم يأتي بالتكبيرات بعد
ما سلم قبل ان يرفع الجنازة وقوله ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع
والوسط قال صاحب النهاية بسكون السين لانه اسم مبهم لداخل الشيء ولذا كان ظرفا يقال جلست
وسط الدار بالسكون وهو المراد بخلاف المتحرك لانه اسم لعين ما بين طرفي الشيء وليس يراد والنعش
خاشية المخفة مشبك مطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة والركبان جمع راكب قوله لانه دعاء
يعني في الحقيقة ولهذا لم يكن لها قراءة ولا ركوع ولا سجود فيسقط القيام كسائر الاركان وفي الاكتفاء
لا يجزيهم يعني يجب عليهم الاعادة لما ذكر في الكتاب وقوله ولا بأس بالاذن اي باذن الولي لغيره بها
اذا حسن ظنه بشخص ان في تقديمه مزيد خير وثواب وشفاعة ارجى لان الصلوة على الميت حقه فجاز ان
يأذن لغيره وقيل معناه لا بأس باذن الولي الناس بالانصراف بعد الصلوة اذ لا يسعهم الانصراف
منها قبل الدفن الا باذن الولي قوله وفي بعض النسخ اي نسخ جامع الصغير بالايذان اي اعلام الاقارب
والجيران قال صلى الله عليه وسلم اذا مات احدكم فاذنوني بالصلوة اي اعلموني وقد استحسن بعض المتأخرين
النداء في الاسواق للجنازة التي يرغب الناس في الصلوة عليها كالزهاد والعلماء وقوله ولا يصلي
على ميت في مسجد جماعة اذا كانت الجنازة في المسجد فالصلوة عليها مكروهة باتفاق اصحابنا وان كانت الجنازة
والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق وان كانت الجنازة وحدها خارج المسجد
ففيه اختلاف المشايخ وقال الشافعي رح لا يكره على كل حال لما روي انه لما مات سعد بن ابي وقاص
امرت عائشة رض بادخال جنازته المسجد حتى صلت عليها ازواج النبي عليه السلام ثم قالت لبعض من حولها هل
عاب الناس علينا ما فعلنا قال نعم فقالت ما اسرع ما نسوا ما صلى رسول الله عم على جنازة سهيل ابن البيضاء
الا في المسجد ولنا ما روى ابو هريرة رض ان رسول الله عم قال من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له وحديث
عائشة رضي الله عنها مشترك الالزام لان الناس في زمانها المهاجرون والانصار قد عابوا عليها فدل
على ان كراهة ذلك كانت معروفة فيما بينهم وتأويل صلوته عم على جنازة سهيل في المسجد انه كان معتكفا في
ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فامر بالجنازة فوضعت خارج المسجد وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد
لم يكره ان يصلي الناس عليها في المسجد لما ذكر قوله ولانه بني لاداء المكتوبات دليلان معقولان على ذلك
ووقع اختلاف المشايخ فيما اذا كانت الجنازة خارج المسجد نظرا الى المعنيين فمن نظر الى الاول قال بالكراهة

وقد يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت
خارج المسجد اختلاف المشايخ

وان كانت خارجه ولا يلزم النفل في المسجد لانه تبع للمكتوبة ومن نظر الى الثاني حكم بعدمها لان العلة وهي التلويث
لم يوجد فان قيل حديث ابي هريرة رض مطلق فالتعليل بالتلويث في مقابلة النص وهو باطل فالجواب ان
قوله عم في المسجد يحتمل ان يكون ظرفا للصلوة وكان دليلا للاولين ويحتمل ان يكون ظرفا للجنازة فلا يكون منافيا
لتعليل الآخرين قوله ومن استهل على بناء الفاعل والاستهلال للصبي ان يرفع صوته بالبكاء عند ولادته
وذكر في الايضاح هو ان يكون منه ما يدل على حيوته من بكاء او تحريك عضو او طرف عين وكلامه واضح وقوله
لانه نفس من وجه دليل غير ظاهر الرواية وهو عن ابي يوسف رح وتقريره انه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس
من وجه فيعطى حظا من الشبهين فلاعتباره بالنفوس يغسل ولاعتباره بالاجزاء لا يصلى عليه وهذا هو المختار
قوله واذا سبي صبي يعني اذا سبي صبي فلا يخلو اما ان يكون مع احد ابويه او لا فان كان فمات لا يصلى
عليه لانه كان تبعا للابوين لقوله عم الولد يتبع خير الابوين دينا فاته فيه ولا ظاهر على تبعية الولد
للابوين الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل صفة الاسلام المذكورة في حديث جبرائيل ان يؤمن بالله وملائكته
وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله وقيل معناه يعقل المنافع والمضار وان
الاسلام هدى واتباعه خير والكفر ضلالة واتباعه شر لانه صح اسلامه استحسانا وان لم يصح قياسا كما
هو مذهبنا في ما عرف في الاصول وقوله او يسلم عطف على قوله الا ان يقر يعني اذا اقر بالاسلام
يعقل او يسلم احد ابويه صح اسلامه لما ذكرنا وان كان الثاني صلى عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام
كما في اللقيط على ما سيجيء فان قيل ان كانت الدار مما يتبع فليتبع وان سبي مع احد ابويه ترجيحا للاسلام
كالابوين ان كان احدهما مسلما اجيب بان تاثير الدار في الاستتباع دون تاثير الولادة لان النبي
حكم باستتباع الابوين دون الدار مع قيام الدار ولم يكن كذلك لما حكم بكفر صبي في دار الاسلام
وكان ما ترك ابواه لبيت المال لاختلاف الدينين ولم يذكر الصبي في تبعية الدار فانه لو وقع من الغنيمة صبي
في سهم رجل في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد فصاحب اليد مقدم تبعية اليد على
تبعية الدار قوله وان مات الكافر وله ولي مسلم اي قريب لان حقيقة الولاية منتفية قال الله تعالى لا
تتخذوا اليهود والنصارى اولياء واطلق ليتناول كل قريب من ذوي الفروض والعصبات وذوي الارحام
وبهذا الاطلاق لفظ الجامع الصغير وذكر في الاصل كافر مات وله ابن مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه ان لم يكن
هنالك من اقربائه الكفار من يتولى امره فان كان ثمة احد منهم فالاولى ان يخلي المسلم بينهم وبينه ليصنعوا
به ما يصنعون بموتاهم بذلك امر علي رض عنه روي انه لما مات ابو طالب جاء علي رض عنه الى رسول الله صلعم وقال
يا رسول الله ان عمك الضال قد مات وفي رواية الشيخ الضال قد مات فقال صلى الله عليه وسلم اغسله وكفنه وواره ولا
تحدث به حدثا حتى تلقاني اي لا تصل عليه قوله ولكن يغسل غسل الثوب النجس يعني لا يغسل كغسل المسلم
من البداءة بالوضوء وبالميامن ولكن يصب عليه الماء كما يصب في غسل النجاسة ولا يكون الغسل طهارة له
حتى لو حمله انسان وصلى لم تجز صلوته بخلاف المسلم فانه لو حمله المصلي بعد ما غسل جازت صلوته ويلف في خرقة
يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور

فصل في حمل الجنازة

اذا حملوا الميت على
سريره اخذوا بقوائمها الاربع بذلك وردت السنة وهي ما روي عن ابن مسعود رض من السنة ان يحمل الجنازة
من جوانبها الاربع وفيه تكثير الجماعة حتى لو لم يتبعه احد كان هؤلاء جماعة وفيه زيادة الاكرام حيث لم يحمل كالـ

يحمل الاجمال وفيه الصيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي رح السنة ان يحملها رجلان كما ذكر في الكتاب
واستدل على ذلك بان النبي عم حمل جنازة سعد بن معاذ بين العمودين قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة
الطريق وضيقها حتى يروى انه عم كان يمشي على رؤوس اصابعه وصدوره وقدميه فكان حالة ضرورة ونحن نقول به
قوله ويمشون به مسرعين دون الخبب والخبب ضرب من العدو دون العنق لان العنق خطو فسيح واسع لما روي
ان النبي عم سئل عن المشي بالجنازة فقال ما دون الخبب فان يكن خيرا عجلتموه اليه وان يك شرا وضعتموه عن
رقابكم او قال فبعدا لاهل النار والخبب مكروه لان فيه ازدراء بالميت واضرارا بالمتبعين والمشي خلف الجنازة
افضل وقال الشافعي رح قدامها افضل لان ابا بكر رض وعمر كانا يمشيان امام الجنازة ولنا ان رسول الله صلعم
مشى خلف جنازة سعد بن معاذ وعلي كان يمشي خلف الجنازة وقال ابن مسعود رض فضل المشي خلف الجنازة
على المشي امامها كفضل المكتوبة على النافلة وفعل ابي بكر وعمر رض محمول على التيسير على الناس لان الناس
كانوا يحترزون عن المشي امامها فلو اختارا المشي خلفها لضاق الطريق على من يتبعها وبهذا اجاب علي رض حين
قيل له ان ابا بكر وعمر كانا يمشيان امام الجنازة قال يرحمهما الله قد عرفا ان المشي خلفها افضل ولكنهما
ارادا ان يتيسر الامر على الناس قوله واذا بلغوا الى قبره فاذا وضعت عن اعناق الرجال جلسوا وكره الجلوس قبل
قوله وكيفية الحمل على لفظ الجامع الصغير بلفظ الخطاب خاطب ابو حنيفة ابا يوسف رحمهما الله قال يعقوب
رأيت ابا حنيفة يصنع هكذا قال الامام المحبوبي وهذا دليل تواضعه قال صاحب النهاية وقد حمل الجنازة من هو
افضل منه بل افضل جميع الخلائق وهو نبينا صلى الله عليه وسلم فانه حمل جنازة سعد بن معاذ رض كما ذكرنا
ان حمل الجنازة عبادة فينبغي ان يتبادر اليها كل احد وذكر شيخ الاسلام رح انما اراد باليمين المقدم
يمين الميت ثم قال فاذا حملت جانب السرير الايسر فذلك يمين الميت لان يمين الميت على يسار الجنازة لان
الميت وضع عليها على قفاه فكان يمين الميت بيسارها ويساره بيمينها ثم المعنى في الحمل على هذا الوجه اما البداءة
بالايمن المقدم وذلك يمين الميت ويمين الحامل فلان النبي عم كان يحب التيامن في كل شيء والمقدم ايضا اول
الجنازة والبداءة بالشيء انما تكون من اوله ثم يتحول الى الايمن المؤخر لانه لو تحول الى الايسر المقدم احتاج الى
المشي امامها والمشي خلفها افضل فلما مشى خلفها وبلغ الايمن المؤخر حمله لان فيه تحصيل التيامن ايضا فبقي
جانبان الايسر المقدم والايسر المؤخر فيحتاج تقديم الايسر المقدم على الايسر المؤخر لان فيه الختم بالايسر
المؤخر والختم بهذا لما يبقى بعد الفراغ خلف الجنازة فان المشي خلفها افضل كما مر وقوله وهذا اي حملها
على الوجه المذكور في حالة التناوب يعني عند وقوف الحامل يدفع الجانب الذي حمله الى غيره وينتقل الى الجانب الآخر

فصل في الدفن

اصل هذه الافعال اعني الغسل والتكفين والدفن في بني آدم عرف بفعل
الملائكة في حق آدم عليه السلام روي ان رسول الله صلعم قال لما توفي آدم عليه السلام غسلته الملائكة وكفنوه
ودفنوه وقالوا لولده هذه سنة موتاكم ويلحد الميت واللحد حفرة في القبر وهو الشق المائل في جانب القبلة
ويلحد الميت ولا يشق لحد خلافا للشافعي رح فانه يقول بالعكس لتوارث اهل المدينة الشق دون اللحد ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا وانما فعل اهل المدينة الشق لضعف اراضيهم بالبقيع وصفة اللحد
ان يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة فيوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف وصفة الشق
ان يحفر حفيرة في وسط القبر ويوضع فيها الميت قوله ويدخل الميت مما يلي القبلة يعني توضع الجنازة في جانب

القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي رح انه يسل الى قبره وصفة ذلك ان توضع الجنازة
في مؤخر القبر حتى يكون رأس الميت بازاء موضع قدميه من القبر ثم يدخل الرجل الآخذ في القبر فيأخذ برأس الميت ويدخله
في القبر اولا ويسل كذلك وقيل صورته ان توضع الجنازة في مقدم القبر حتى يكون رجلا الميت بازاء موضع رأسه من
القبر ثم يدخل الآخذ القبر فيأخذ برجل الميت ويدخلها القبر اولا ويسل كذلك واحتج بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
سل الى قبره ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه لا يقال هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل لان
الرواية في ادخال النبي عم في قبره مضطربة روى ابراهيم النخعي ان النبي عم ادخل قبره من قبل القبلة وروي ادخاله فيه
روي عن ابن عباس رض مثل مذهبه وروي عنه ايضا مثل مذهبنا والمضطرب لا يصلح حجة فاذا وضع في لحده يقول
واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله اي بسم الله وعلى ملة رسول الله سلمناك كذا في المبسوط قال المص رح كذا قاله
رسول الله صلى الله عليه وسلم حين وضع ابا دجانة في القبر قال صاحب النهاية والصحيح انه وضع ذا البجادين لان ابا
دجانة مات بعد رسول الله صلعم في خلافة ابي بكر رض هكذا ذكر في التواريخ قوله ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله
عليه السلام روي عن علي انه مات رجل من بني عبد المطلب فقال عم يا علي استقبل به القبلة استقبالا قوله ويحل
العقدة يعني انه عقد الكفن مخافة الانتشار لوقوع الامن منه ويسوى اللبن عليه لان النبي عليه السلام جعل على قبره
اللبن قوله ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد لما ذكر في الكتاب وقد
صح ان قبر فاطمة رض سجي بثوب ولا يسجى قبر الرجل وقال الشافعي رح يسجى لما روي ان رسول الله صلعم سجى قبر سعد
ابن معاذ ولنا ما روي عن علي رض انه مر بميت وقد سجي قبره فنزعه وقال انه رجل يعني ان مبنى حال الرجال على
الانكشاف كما قال في الكتاب وتأويل قبر سعد بن معاذ ان كفنه ما كان يعم بدنه فسجي قبره حتى لا يقع الاطلاع
لاحد على شيء من اعضائه قوله ويكره الآجر والخشب هذا ظاهر الرواية قوله لانهما اي الآجر والخشب لاحكام
البناء والقبر موضع البلى ومنهم من فرق بينهما فكره الآجر من حيث مسه النار دون الخشب
لعدمه فيه وكان المص اشار الى ذلك بقوله ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ورد بان مساس النار لا يصلح
علة للكراهة فان السنة ان يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار وقال شمس الائمة السرخسي والاولى ان يجعل
التعليل باحكام البناء لانه جمع في كتاب الصلوة بين استعمال الآجر ورفوف الخشب وهي الواحد ولا يوجد
معنى النار فيها قوله وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب انما صرح بلفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته
لرواية القدوري لان رواية القدوري لا يدل على الاستحباب بل على نفي الكراهة لا غير ورواية الجامع الصغير
تدل عليه ولان رواية القدوري لا تدل على جواز الجمع بينهما ورواية الجامع الصغير تدل لانه صلعم جعل على
قبره طن اي حزمة من القصب قوله ثم يهال التراب عليه يقال هلت الدقيق في الجراب صببته من غير كيل وكل
شيء ارسلته ارسالا من رمل او تراب او طعام او نحوه قلت هلته اهيله هيلا فانهال اي جرى وانصب ومنه يهال
التراب اي يصب قوله ويسنم القبر المراد من تسنيم القبر رفعه من الارض مقدار شبر او اكثر قليلا قوله
ولا يسطح اي لا يربع وقال الشافعي رح يربع ولا يسنم لما روي ان ابراهيم ابن النبي عم لما توفي جعل رسول الله
قبره مسطحا ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن تربيع القبور وعن ابراهيم النخعي انه قال اخبرني من رأى قبر
النبي عم وقبر ابي بكر وعمر مسنمة عليها فلق من مدر بيض وعمم الراوي ولم يعينه لانه كان في الراس كره وتأويل
تسنيم قبر ابراهيم سطح قبره اولا ثم سنم كذا في المبسوط والمحيط

باب الشهيد

المقتول ميت باجله عند اهل السنة فانما يوصف الشهيد بذلك للاختصاص بالفضيلة فكان اخراجه من باب الميت
بابه على حدة كاخراج جبريل من الملائكة وسمي الشهيد شهيدا لان الملائكة يشهدون موته اكراما له فكان
مشهودا فهو فعيل بمعنى مفعول وقيل لانه مشهود له في الجنة وقيل لانه حي عند الله حاضر وهو في اصطلاح
الفقهاء من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فقوله من قتله
المشركون يعني باي آلة كانت وفي معناهم اهل البغي وقطاع الطريق لخروجهم عن طاعة الامام قوله وبه اثر
اي جراحة ظاهرة او باطنة كخروج الدم من العين ونحوها وقوله او قتله المسلمون ظلما احترز به عما قتلوه
رجما او قصاصا قوله ولم يجب بقتله دية احترز به عن شبه العمد والخطأ وحكمه انه يكفن بالاتفاق ولا يغسل
اذا كان في معنى شهداء احد بالاتفاق ويصلى عليه عندنا خلافا للشافعي رح اما التكفين فهو سنة في موتى
آدم فان كان عليه ثياب لم ينزع عنه لقوله عليه السلام زملوهم بكلومهم ودمائهم وفي رواية بثيابهم وينزع
الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون اتماما للكفن
على ما يذكر اما عدم الغسل فلانه في معنى شهداء احد وقال فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم
وكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب عنه عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والقيد بالحديدة
انما هو اذا كان القاتل من المسلمين واما اذا كان من اهل الحرب والبغي وقطاع الطريق فليس بشرط كما تقدم
لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح وشرط عند ابي حنيفة رح ان يكون طاهرا لانه اذا
كان جنبا يغسل على ما يذكر في الكتاب وشرط ان لا يكون مرتثا على ما نذكره واما الصلوة عليه فقال الشافعي
وقال السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة وقلنا الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى
بالكرامة وقوله والطاهر عن الذنوب يجاب عن قوله والسيف محاء للذنوب وهو ظاهر قوله ومن قتله
اهل الحرب ظاهر لما ذكرناه واعترض بان من قتله اهل الحرب فهو في معنى شهداء احد فباي شيء قتلوه لم يغسل
واما اهل البغي وقطاع الطريق فمن اهل الاسلام فلم يكن قتيلهم بمعنى شهداء احد فيشترط الحديدة او
الة لا يلبث في ثبوت الشهادة واجيب بان كلا من الفريقين لما امرنا بقتالهم الحق بقتال اهل الحرب قال
الله تعالى في اهل البغي فقاتلوا التي تبغي الاية وقال صلى الله عليه وسلم في قطاع الطريق قاتل دون
ماله وقال من قتل دون ماله فهو شهيد واذا كان قتالهما مأمورا به صار كقتال اهل الحرب وفي قتال اهل الحرب
الحكم تعميم الآلة فكذا في قتالهما قوله لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت لانه خرج عن كونه مكلفا بالغسل
عن الجنابة والثاني اي الغسل بسبب الموت لم يجب لان الشهادة تمنعه فان قوله عليه السلام زملوهم بكلومهم
ودمائهم لا يفصل بين الشهيد الجنب وغيره ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة
الا ترى انه لو كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم قيل لو لم يكن رافعا
لوضيء المحدث اذا استشهد واللازم باطل فكذلك الملزوم واجيب بانه لا يلزم من ان يكون رافعا
للاعلى ان لا يكون رافعا للادنى في عبادة تثبت بالنص فقد صح ان حنظلة رض لما استشهد جنبا غسلته
الملائكة فسأل رسول الله عليه السلام عن حاله فقالت زوجته انه اصابته صيحة الهيعة فاعجلته
عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب فقال عليه السلام هو ذاك الهيعة الصوت الذي يفزع منه فان قيل
الواجب غسل بني آدم دون الملائكة ولو كان ذلك واجبا لامر عليه السلام باعادة غسله اجيب بان

الواجب هو الغسل واما الغاسل فيجوز كائنا من كان الا ترى ان الملائكة لما غسلوا آدم عليه السلام تأدى به الواجب
ولم يعد اولاده غسله وقوله وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا يعني عندهما لا يغسلان لان الغسل
الاول سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة وعنده يغسلان لان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة وكذا قبل
الانقطاع في الصحيح من الرواية فانه عن ابي حنيفة روايتان في رواية لا يغسلان لان الاغتسال ما كان واجبا
عليهما قبل الانقطاع وفي رواية روى الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح يغسلان لان الانقطاع حصل بالموت
والدم السائل يوجب الاغتسال عند الانقطاع قوله وعلى هذا الخلاف الصبي على ما ذكرنا قوله بهذه
الكرامة اي بسقوط الغسل فان سقوط الغسل عن الشهيد لابقاء اثر مظلوميته في القتل فكان اكراما له
والمظلومية في حق الصبي اشد فكان اولى بهذه الكرامة ولابي حنيفة ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء
احد بوصف كونه طهرة للذنب ولا ذنب للصبي فلا يكون في معناهم ومن لم يكن في معناهم غسل قوله
ولا يغسل عن الشهيد دمه ظاهر قوله وينزع عنه الفرو الى آخره مذهبنا وقال الشافعي لا ينزع عنه شيء
واحتج باطلاق قوله عليه السلام زملوهم من غير فصل ولنا ما روي في السنن عن ابن عباس رض قال امر رسول
الله صلعم بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم واذا تعارضا صرنا الى
القياس وهو معنى ما ذكر في الكتاب قوله ويزيدون وينقصون ما شاؤوا اي يزيدون ما شاؤوا اذا كان
ناقصا عن العدد المسنون وينقصون ما شاؤوا يعني اذا كان زائدا على العدد المسنون قوله ومن
ارتث هو من قولهم ثوب رث اي خلق وكلامه وقوله ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كذلك وانما قيد بامور
الآخرة لانه اذا اوصى بشيء من امور الدنيا يغسل بالاتفاق الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما اي حينئذ
لا يغسل قيل هذا اذا علم قاتله عينا واما اذا علم انه قتل بحديدة ظلما ولكن لم يعلم قاتله يغسل لان الواجب
هناك الدية والقسامة على اهل المحلة ولفظ الكتاب يشير الى هذا لانه قال لان الواجب فيه القصاص لا القصاص
يجب الا على القاتل المعلوم وهو اي القصاص عقوبة والقاتل لا يتخلص عن العقوبة ظاهرا اما في الدنيا ان
دفع الاستيفاء او في العقبى ان لم يستوف فلو كان وجوب القصاص مانعا عن الشهادة لانسد بابها وهو
باطل فان قيل من وجب بقتله القصاص ليس في معنى شهداء احد اذ لم يجب بقتلهم شيء ومن ليس في معناهم
غسل اجيب بان فائدة القصاص ترجع الى ولي القتيل وساير الناس دون القتيل فكأنه لم يحصل لشهداء احد
بخلاف الدية فان نفعها يعود الى الميت حتى يقضى ديونه وينفذ وصاياه قوله وعند ابي يوسف ومحمد رح
ما لا يلبث بمنزلة السيف يعني لا يشترط في قتيل وجد في المصر ان القتل بالحديد عندهما بل المثقل من الحجر والخشب
مثل السيف عندهما حتى لا يغسل القتيل ظلما في المصر اذا عرف قاتله وعلم انه قتله بالمثقل لوجوب القصاص
عندهما وعند ابي حنيفة لا يجب القصاص في القتل بالمثقل من الحجر والخشب مثل السيف عندهما حتى يغسل
ويعرف في الجنايات وقوله ومن قتل في حد او قصاص غسل لما روي ان ماعزا لما رجم جاء عمه الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تأمرنا ان نصنع فقال عليه السلام لا تقل هذا فقد تاب توبة
لو قسمت توبته على اهل الارض لوسعتهم اذهب واغسله وكفنه وصل عليه ولانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق
ومن كان كذلك لم يكن في معنى شهداء احد لانهم بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم قوله ومن
قتل من البغاة وقطاع الطريق لم يصل عليه وقال الشافعي رح يصلى عليه لانه مؤمن الا انه مقتول بحق

قطاع الطريق والبغاة

لهو كالمقتول في رجم او قصاص ولنا ان عليا رضه لم يصل على البغاة ولم يغسلهم فقيل له اكفار هم فقال لا ولكنهم
اخواننا بغوا علينا اشار الى انه ترك الغسل والصلوة عليهم عقوبة لهم وزجرا لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك
على خشبته عقوبة وزجرا لغيره

باب الصلوة في الكعبة

قد تقدم في اول باب الجنائز
وجه تاخير هذا الباب فلا نعيده الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها عندنا خلافا لمالك في فرضها قال صاحب النهاية
كان هذا اللفظ وقع سهوا من الكاتب فان الشافعي يرى جواز الصلوة في الكعبة فرضها ونفلها كذا اورده اصحاب
الشافعي في كتبهم ولم يورد احد من علمائنا ايضا هذا الخلاف فيما عندي من الكتب واجيب بان مراده ما اذا توجه
الى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل وهو محمل على السهو الا ان اطلاق كلامه ينافيه
وقوله ولمالك في الفرض يعني انه يجوز النفل في جوف الكعبة ولا يجوز الفرض ويقول الصلوة فيها جائزة من حيث
انه استقبل بعضا وفاسدة من حيث انه استدبر اخرى والترجيح لجانب الفساد احتياطا في امر العبادة وجوز القياس
ايضا في النفل الا انه ترك لورود الاثر فيه ومبناه على المساهلة فانه يجوز قاعدا مع القدرة على القيام والفرض
ليس في معناه فيلحق به ولنا انه صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة الفرض يوم الفتح رواه بلال ولو كان نفلا
فالفرض في معناه فيما هو من شرائط الجواز دون الاركان ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال
القبلة لان استيعابها ليس بشرط كما لو صلى خارجها والاستدبار انما يوجب الفساد اذا لم يستقبل
بعضها لانتفاء المامور به وهو استقبال شطر منها واما اذا استقبل فممنوع فانه اتى بما امر به **قوله** فان
صلى الامام بجماعة فيها الصلوة بالجماعة في جوف الكعبة لا تخلو من وجوه اربعة اما ان يكون وجهه الى ظهر الامام
او الى وجه الامام او يكون ظهره الى ظهر الامام او الى وجهه والاول والثالث جائز بلا كراهة والثاني بكراهة
والرابع لا يجوز اما جواز الاول فظاهر واما جواز الثاني فلوجود المتابعة وانتفاء المانع وهو التقدم على
واما كراهيته فلشبهه بعابد الصورة بالمقابلة فينبغي ان يجعل بينه وبين الامام سترة تحرزا عن ذلك واما جواز
الثالث فلما ذكر في الكتاب انه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ قيل هذا ليس بكاف لان من جعل
ظهره الى وجه الامام وهو الوجه الرابع متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ ومع ذلك لا يجوز صلوته
فكان الواجب ان يقول وهو غير متقدم عليه والجواب انه لما علل عدم الجواز في الوجه الرابع بالتقدم على الامام
دل على انه مانع فاقتصر عن ذكره في الاول اعتمادا على انه فهم من الثاني **قوله** بخلاف مسئلة التحري يعني اذا صلى
في ليلة مظلمة فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام وهو يعلم حاله فانه لا يجوز صلوته لانه اعتقد امامه على الخطأ وقد
مر في باب شروط الصلوة وقد ظهر وجه عدم الجواز في الوجه الرابع من هذا واما اذا كان على يمين الامام او يساره
فهو ايضا جائز فهو ظاهر **قوله** واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة في بعض النسخ فتحلق
وهو ظاهر لانه عطف على قوله صلى **قوله** ومن كان منهم اقرب جزاء اذا صلى واما قوله تحلق بلا فاء فقال بعضهم
حال بتقدير قد **قوله** فمن كان جزاء الشرط وقال بعضهم هو جزاء الشرط **قوله** فمن كان جملة اخرى شرطية
عطفت على الاولى **قوله** اذا لم يكن في جانب الامام يشير الى انه اذا كان في جانبه لم يجز لوجود التقدم لان التقدم
والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب قال بعض الشارحين لان التقدم والتاخر من الاسماء الاضافية فلا
يظهر الا عند اتحاد الجهة وفيه نظر لانهما من الاسماء الاضافية وليس للاضافة تقييد بالجهة وقال بعضهم
لان عند اتحاد الجهة كان في معنى من جعل ظهره الى وجه الامام وهو جيد **قوله** ومن صلى على ظهر الكعبة

اي على سطحها ولعله اختار لفظ الظهر لوروده في لفظ الحديث بما نذكره اراد ان من صلى على سطح الكعبة
جازت صلوته عندنا وان لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعي لا يجوز الا ان يكون بين يديه سترة بناء على ان
المعتبر في جواز التوجه اليها للصلوة البناء وعندنا ان القبلة هو الكعبة والكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء
ولا معتبر بالبناء لانه ينقل الا ترى ان من صلى على ابي قبيس جازت صلوته ولا شيء من بناء الكعبة بين يديه فدل
على انه لا معتبر بالبناء **قوله** الا انه يكره استثناء من قوله جازت صلوته وذكر المنبر شيئا وهو فعل الصلوة او
اداءها لما فيه اي في التعلي على ظهر الكعبة من ترك التعظيم وقيل عن اداء الصلوة على ظهرها روي عن ابي هريرة رضه
انه قال نهى النبي عم عن الصلوة في سبعة مواطن المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل وفوق
ظهر بيت الله الحرام

كتاب الزكوة

قرن الزكوة بالصلوة اقتداء
بكتاب الله تعالى في قوله تعالى اقيموا الصلوة وآتوا الزكوة ولان الصلوة حسنة في نفسها بدون الواسطة والزكوة
ملحق بها وموضعه اصول الفقه والزكوة في اللغة عبارة عن النماء يقال زكى الزرع اذا نمى وفي عرف الفقهاء اسم
لفعل اداء حق يجب في المال المعتبر في وجوبه الحول والنصاب لانها توصف بالوجوب وهو من صفات الافعال دون الاعيان
وقد يطلق على المال المؤدى لان الله تعالى قال وآتوا الزكوة ولا يصح الايتاء الا في العين وسببها ملك النصاب
النامي وشرطها الحرية والبلوغ والعقل والاسلام والخلو عن الدين وكمال النصاب بحولان ووصفها الفرضية وحكمها
الخروج عن عهدة التكليف في الدنيا والنجاة من العقاب والوصول الى الثواب في العقبى **قال** الزكوة
واجبة على الحر والزكوة واجبة اي فريضة لازمة بالكتاب وهي قوله تعالى وآتوا الزكوة والسنة المعروفة بني الاسلام
على خمس الحديث واجماع الامة لم ينكرها احد من لدن رسول الله صلعم الى يومنا هذا وانما عدل عن لفظ الفرض الى الواجب اما
لان بعض مقاديرها وكيفيتها ثابت باخبار الاحاد او لان استعمال احدهما في موضع الاخر جائز مجازا وانما قال
الملك تاما احترازا عن ملك المكاتب فانه ملك المولى واما المكاتب فملك اليد دون الرقبة والمديون فان صاحب الدين
عليه يكون ملكه ناقصا وكلامه فيه ظاهر **قوله** واحد الحكم عليه يعني يكون الاعتبار به دون حقيقة الاستغناء
حتى ان ظهر الاستغناء او لم يظهر يجب الزكوة **قوله** ثم قيل هي واجبة على الفور وهو قول الكرخي فانه قال يأثم بتأخير
الزكوة بعد التمكن وقد روي عن محمد ان من اخر الزكوة من غير عذر لا يقبل شهادته فرق بينها وبين الحج فقال لا يأثم
بتأخير الحج ويأثم بتأخير الزكوة لان في الزكوة حق الفقراء فيأثم بتأخير الزكوة حقهم اما الحج فخالص حق الله تعالى
وروى هشام عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يأثم بتأخير الزكوة ويأثم بتأخير الحج لان الزكوة غير موقتة اما الحج فموقت
كالصلوة فربما لا يدرك الوقت في المستقبل وموضعه اصول الفقه **قوله** وليس على الصبي والمجنون زكوة هو
بقوله لما نذكره **قوله** هي غرامة مالية اي كل ما هو واجب في الحال يجب عليه كنفقة الزوجات والعشر والخراج فالزكوة
عليه يؤدي عنه الولي وهو قول ابن عمر وعائشة رضه ولنا انها عبادة لان العبادة هي ما يأتي بها العبد على خلاف
نفسه تعظيما لامر ربه والزكوة كذلك وقد قال صلعم بني الاسلام على خمس الحديث وغيره عبادة بالاتفاق فكذلك
هي وكل ما هي عبادة لا يتأدى الا بالاختيار تحقيقا للابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل وهو قول علي وابن عباس
رضي الله عنهم فان قيل الصلوة والصوم والايمان على اصلكم يصح من الصبي فاما ان يكون باختياره او غيره فان
كان الاول فلتصح الزكوة بشرط الاختيار وان كان الثاني انتقض قولكم وكل ما هو عبادة لا يتأدى الا بالاختيار
فالجواب انها انما تصح باختياره وقولكم فلتصح الزكوة بشرط الاختيار قلنا غير متصور لان ذلك الاختيار

لا يستلزم صيرورته عشرياً لعدم الوجوب عليه وهذا الاختيار يستلزم الضرر فلا يكون مثل ذلك قوله بخلاف الخراج جواب
عن قوله وصار كالعشر والخراج قوله وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة لما ان سبب وجوب العشر الارض النامية
بالخارج فباعتبار الارض وهي الاصل كانت المؤنة اصلاً وباعتبار الخارج وهو وصف الارض كان شبيهاً
بالزكوة والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعاً فان قيل سبب وجوب الزكوة النصاب النامي
والنصاب اصل والنماء وصف ومع ذلك لم يكن في الزكوة معنى المؤنة اصلاً فالجواب ان المؤنة بالخارج
اي للبقاء كالنفقة والزكوة ليست سبباً لبقاء المال وتمامه قررناه في التقرير قوله ولو افاق يعني المجنون
في بعض السنة فهو بمنزلة الافاقة في بعض الشهر يعني اذا كان مجنوناً في جزء من السنة اولها او آخرها قل او كثر
بعد ملك النصاب يلزمه الزكوة كما لو افاق في جزء من شهر رمضان في يوم او ليلة لزمه صوم الشهر كله في قول محمد
وهو رواية عن ابي يوسف لما ان السنة في الزكوة بمنزلة الشهر للصوم والافاقة في جزء من الشهر كالافاقة في
جميعه في وجوب صوم جميع الشهر فكذا هنا وعن ابي يوسف انه اعتبر اكثر الحول فان كان مجنوناً فيه غلب
عليه الصحة لا الجنون ايضاً كجنون ساعة فوجبت الزكوة وان كان مجنوناً فيه كان كالجنون في جميع السنة
ولا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يدرك مجنوناً والعارض وهو ان يدرك صحيحاً ثم يجن على ظاهر الرواية يعني
اذا افاق في بعض السنة وجبت الزكوة سواء كان الجنون اصلياً او عارضاً لما ذكرنا وكذا في قول ابي يوسف
لان المعتبر هذه الافاقة في اكثر السنة من غير فصل بين الاصلي والعارض وعن ابي حنيفة في الاصلي انه يعتبر
الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ لان التكليف لم يسبق من اكثر من هذا فصار بمنزلة
الصبي واما اذا طرأ الجنون فان استوعب سقط لا ان استوعب ترك الكلية وهي الصلوة والصوم
والحج وان قل فرد لك لم يعتبر قال وليس على المكاتب زكوة وقد ذكرناه ان المكاتب ليس له ملك تام فلا
يجب عليه الزكوة ومن عليه دين يحيط بماله مطالب من جهة العباد سواء كان لله كالزكوة او للعباد كالقرض
وثمن المبيع وضمان المتلف وارش الجراحة ومهر المرأة سواء كان من النقود او من غيرها وسواء كان حالاً او مؤجلاً
فلا زكوة عليه وقال الشافعي يجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام فان المديون مالك لماله لان دين
الحر الصحيح يجب في ذمته ولا يتعلق بماله ولهذا ملك التصرف فيه كيف شاء ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية
اي معد لما يدفع الهلاك حقيقة او تقديراً لان صاحبه يحتاج اليه لاجل قضاء الدين دفعاً للحبس والملازمة
عن نفسه وكل ما هو كذلك اعتبر معدوماً كالماء المستحق للعطش لنفسه ودابته وثياب المهنة وهذا ايضاً اد
الى فقدان الملك فان لصاحب الدين ان يأخذ من غير رضاه ولا قضاء فكان ملكه ناقصاً قوله وله
كان له مال الكثير في صرفه وأعزاء المديون اذا كان له ضروب من الاموال المختلفة والدين مستغرق يعني
صرف اولاً الى النقود فان فضل شيء منه صرف الى عروض التجارة دون السائمة فان فضل شيء منه صرف
الى مال القنية وان كان له نصب من الابل والبقر والغنم يصرف الى اقلها زكاة حتى اذا كان بين بنت لبون
اللبن الى الابل او الغنم ولا يصرف الى البقر ثم المالك بالخيار ان شاء صرفه الى الغنم وان شاء الى الابل
لاتحاد الواجب فيها والاصل في جنس هذه المسائل انه يا كان انفع للفقراء يصرف الدين اليه وقوله
والمراد دين له مطالب ظاهر قوله حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك صورته رجل له مال في دراهم
فمضى عليه حول ان ليس عليه زكاة السنة الثانية لان وجوب زكوة السنة الاولى صار مانعاً عن وجوبها في السنة

الثانية لانتقاص النصاب بزكوة الاولى ولو حال الحول على مائتين فاستهلك النصاب قبل اداء الزكوة ثم استفاد
مائتي درهم وحال الحول على المستفاد لا يجب عليه زكوة المستفاد لان وجوب الزكوة النصاب الاول دين في ذمته
بسبب الاستهلاك فيمنع وجوب الزكوة قوله خلافاً لزفر فيهما اي في النصاب الذي وجبت فيه الزكوة وفي النصاب
الذي وجبت فيه دين الاستهلاك فانه لم يجعل شيئاً من الدين مانعاً غير الزكوة لانه لا مطالب له من جهة العباد
فصار كدين النذور والكفارة قوله ولابي يوسف في الثاني اي في النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك
على ما روي عنه اصحاب الاملاء قوله لان له مطالباً وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك
نوابه دليلنا وهذا لان ظاهر قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال وكذلك رسول الله
صلى الله عليه وسلم والخليفتان رضي الله عنهم بعده كانوا يأخذون الى ان فوض عثمان في خلافته اداء الزكوة
عن الاموال الباطنة الى ملاكها لمصلحة هي ان النقد مطمع كل طامع فكره ان يفتش السعاة على التجار مستور
اموالهم ففوض الاداء اليهم وحق الاخذ للساعي بعرضها للثبوت في ذلك ايضاً فانه اذا مر على العاشر كان له
ان يأخذ منه الزكوة فيطالبه ويحبسه فلذلك منع وجوب الزكوة وبهذا فرق ابو يوسف بين دين الزكوة ودين الاستهلاك
فان دين النصاب المستهلك لا مطالب له من جهة العباد بخلاف النصاب القائم فانه يمكن ان يمر به على العاشر فيثبت
له ولاية المطالبة قوله لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية يعني ان الشغل بالحاجة الاصلية
وعدم النماء كل منهما مانع عن وجوبها وقد اجتمعا ههنا اما كونها مشغولة بها فلانه لا بد له من دار يسكنها
وثياب يلبسها واما عدم النماء فلانه اما خلقي كما في الذهب والفضة او بالاعداد للتجارة وليسا بموجودين فيها
وقوله وعلى هذا كتب العلم يعني انها يمنع وجوبها اذا لم يكن للتجارة سواء كانت من اهلها او من غيرها لعدم النماء
وعلى هذا قوله لاهلها غير مفيد ههنا وانما يفيد في حق المصرف فان اهل كتب العلم اذا كان له كتب تساوي
مائتي درهم فان كان يحتاج اليها للتدريس ونحوه جاز صرف الزكوة اليه والا فلا قوله وآلات المحترفين قيل
يريد بها ما ينتفع بعينه ولا يبقى اثره في المعمول كالصابون والحرض ونحوهما لكون الاجر حينئذ مقابلاً
بالمنفعة فلا يعد من مال التجارة واما ما يبقى اثره فيه كما لو اشترى الصباغ عصفراً او زعفراناً ليصبغ للناس بأجر
وحال عليه الحول فانه يجب فيه الزكوة اذا بلغ نصاباً لان المأخوذ من الاجر مقابل بالعين قوله لما قلنا يعني انها
ليست بنامية قال ومن له على آخر دين فجحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له
بينة بان اقر عند الناس اذا قيد بذلك احترازاً عن مسئلة تأتي بعد هذا وهي قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه
بينة قوله والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه قيد بالمفازة احترازاً عن المدفون في ارض له او كرم او بيت
على ما يجيء قوله لهما اي لزفر والشافعي رحمهما الله ان السبب قد تحقق والمانع منتف وكل ما كان كذلك تحقق
لا محالة اما تحقق السبب فلانه ملك نصاباً تاماً على ما مر واما انتفاء المانع فلانه لو كان ثمة مانع لكان فوات
اليد وهو لا يخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في المال الضمار قوله ولان السبب
وهو دليل نقض الممانعة بان يقال لا نسلم ان السبب قد تحقق لان السبب هو المال النامي وهو غير متحقق لان النماء

وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله

وفي جملة المال المفقود والآبق والمجحود اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر

الا يكون بالقدرة على التصرف ولا قدرة على المال الضمار **قوله** وابن السبيل يقدر نايبه جواب عن قولهما كما ابن
السبيل وتقريره سلمنا ان السبب قد تحقق ولكن لا نسلم ان المانع منتف **قوله** وفوات اليد غير مخل بالوجوب فمنوع
ممنوع **قوله** كما لابن السبيل فهنا فيما نحن فيه فاسد لان ابن السبيل قادر على التصرف بنايبه ولهذا لو باع شيئا من ماله
جاز لقدرته على التسليم بنايبه **قوله** والمدفون في البيت نصاب اي يوجب الوجوب الزكوة لتيسر الوصول اليه لكون
البيت يحيط بجميع اجزائه فيصل اليه بحفره وفي المدفون في ارض مملوكة او كرم اختلاف المشايخ قال بعضهم يجب لامكان
حفر جميع الارض والوصول اليه وقيل لا يجب لان حفر جميعها ان لم يكن متعذرا كان متعسرا اما الحرج مدفوع
ولو كان الدين على مقر ملي اي غني معتقدا او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء اي بنفسه لملي او بواسطه
التحصيل يعني في المعسر فكان من قبيل اللف والنشر على التعيين وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم القاضي
لما قلنا يعني من امكان الوصول اليه قال الامام فخر الاسلام ولو كانت له بينة عادلة وجبت الزكوة فيها
مضى لانه لا يعد تاويا لان حجة البينة فوق حجة الاقرار وهذا رواية هشام عن محمد وفي رواية اخرى عنه
قال لا يلزمه الزكوة لما مضى وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد يعدل ولا كل قاض يعدل وفي المجاثاة بين
يدي القاضي للخصومة ذل وبالبينة بدون القضاء لا يكون موجبة شيئا بخلاف الاقرار لانه موجب للحق بنفسه
وبخلاف ما اذا كان الدين معلوما للقاضي لان صاحب الدين هناك لا يحتاج الى الخصومة لان القاضي يلزمه
بعلمه **قوله** ولو كان على مقر مفلس بفتح اللام المشددة فهو نصاب اي يوجب الزكوة عند ابي حنيفة رح
لان تفليس القاضي اي النداء عليه بانه افلس لا يصح عنده فكان وجوده كعدمه ولو لم يفلسه وجبت عليه بالاتفاق
لان الوصول بواسطة التحصيل ممكن كما مر وكذا بعد التفليس وعند محمد لا يجب عليه لتحقق الافلاس بالتفليس
ولما صح التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي والمجحود وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس حتى سقطت المطالبة
الى وقت اليسار ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة فيجب لما مضى اذا قبض عندهما رعاية لجانب الفقراء **قوله**
ومن اشترى جارية للتجارة ظاهر وحاصله ان النية اذا اقترنت بالعمل وجب اعتبارها واذا تجردت عن
العمل لا يعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارة عمل الجوارح فلا يحصل بمجرد النية لانها يحصل بترك الفعل
دون انشائه **قوله** واذا اشترى شيئا ونواه للتجارة مستغنى عنه لما تقدم فانه اذا اشترى ونوى قرنت النية
بالعمل وانما اورث ونوى تجردت النية عن العمل لما ان الميراث يدخل في ملكه بغير عمله وصنعه حتى ان الجنين
يرث وان لم يكن منه فعل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بغيرهما مما ذكر في الكتاب ونوى التجارة عند ابي يوسف
لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد لا يكون للتجارة لانها لم يقارن عمل التجارة لان هذه العقود ليست تجارة
والحاصل ان ما يدخل في ملك الرجل على نوعين نوع يدخل بغير صنعه كالارث ونوع يدخل بصنعه وهو ايضا على
نوعين ببدل مالي كالشراء والاجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وبغير بدل كالهبة
والصدقة والوصية فالذي يدخل بغير صنعه لا يعتبر فيه نية التجارة مجردة بالاتفاق والذي يدخل ببدل
مالي يعتبر فيه النية بالاتفاق والذي يدخل ببدل غير مالي او بغير بدل فقد اختلف فيه على ما ذكرنا قيل فعلى هذا
وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة ليس على اطلاقه فان من اشترى شيئا لم يصح فيه نية التجارة
لا نية للتجارة كمن اشترى ارضا عشرية او خراجية بنية التجارة فانه لا يجب فيه زكوة التجارة لان نية التجارة
فيها لا تصح لانها لو صحت لزم فيها اجتماع الحقين بسبب واحد وهو الارض وهو لا يجوز واذا لم تصح نية الارض

على ما كانت **قوله** وقيل الاختلاف على عكسه يعني نقل الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد انه ذكر
في المختلف هذا الاختلاف على عكس ما ذكر في الكتاب وهو انه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يكون للتجارة
وفي قول محمد رح يكون لها **قال** ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء لان الزكوة عبادة فلا بد لها
من نية ولا يعتبر لها الا اذا قارنت العمل فان قارنت الاداء فظاهر وان قارنت عزل مقدار الواجب فلما ذكر
بقوله لان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا لانا لو شرطنا وجودها عند كل دفع لزم الحرج
فكان كتقديم النية في الصوم **قوله** ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة اي غيرها ولها سقط عنه فرضها استحسانا
والقياس ان لا يسقط قيل وهو قول زفر رح لان النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من التعيين كما في الصلوة
وجه الاستحسان ما ذكر ان الواجب جزء منه اي من جميع المال وهو ربع العشر فكان متعينا فيه اي في الجميع والمتعين
لا يحتاج الى التعيين ولقائل ان يقول الواجب متعين بتعين المؤدي او بتعيين الشارع لا سبيل الى الاول
لكونه خلاف المفروض والثاني انما يعتبر اذا لم يزاحمه مزاحم كصوم رمضان وهذا ليس كذلك لان النفل مشروع
والجواب انه متعين بتعيين المؤدي بدلالة الحال كمن اطلق نية الحج وعليه حجة الاسلام والمغروض عدم تعيين
نصا لا دلالة ولو سلك هنا المسلك الذي سلكته في التقرير وهو ان يقال الزكوة سقطت عنه لا لانه اداها
والسقوط عنه انما هو تخفيف عليه فيكتفي بمطلق النية تيسيرا لعله كان اسهل ماخذا ولو ادى بعض النصاب سقط
زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شايع فلو تصدق بالجميع سقط الجميع فكذا اذا تصدق بالبعض اعتبارا
للبعض بالكل وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض المؤدى غير متعين لكونه بعض الواجب الذي يخصه
لكون الباقي محلا للواجب فوجدت مزاحمة سائر الاجزاء بخلاف ما اذا تصدق بالجميع بلا نية فانه لم يبق ثمة مزاحم
ولقائل ان يقول الباقي محل للواجب كذا او بحصته والاول عين النزاع والثاني هو المطلوب وروي انه ابا
حنيفة رح مع محمد في هذه المسئلة باب صدقة في السوايم ذكر في المبسوط
ان محمدا رح بدا في كتاب الزكوة بكتاب المواشي اقتداء بكتب رسول الله صلعم وذكر الصدقة واراد بها الزكوة اقتداء
بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والسوايم جمع سائمة من سامت الماشية اي رعت سوما واسامها صاحبها
سوما فصل في الابل بدا في باب صدقة السوايم بفصل الابل لان رسول الله عليه السلام
كتب لابي بكر رضي الله عنه هكذا والذود من الابل من الثلث الى العشر وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها فاضافة خمس
الى الذود كالاضافة في قوله تعالى تسعة رهط في كونها اضافة العدد الى مميزه الذي هو بمعنى الجمع كانه قال تسعة انفس
فان قيل الاصل في الزكوة ان يجب في كل نوع منه فكيف وجبت الشاة في الابل قلت بالنص على خلاف القياس
ولان الواجد من خمس والواجب ربع العشر وفي ايجاب الشقص ضرر عيب الشركة فاوجبت الشاة لانها
تقرب بربع عشر الابل لانها كانت تقوم بخمسة دراهم هناك وبنت مخاض باربعين فايجابها في خمس من الابل كايجاب الخمس
في المائتين من الدراهم **قوله** فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض على هذا اتفقت الآثار واجمع العلماء
الا ما روي شاذا عن علي رضي الله عنه انه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين ابنة مخاض قال سفيان
الثوري هذا غلط وقع من رجال علي اما علي فانه افقه من ان يقول هكذا لان في هذا موالاة بين الواجبين لا وقص
بينهما وهو خلاف اصول صدقات الزكوة فان مبناه على ان الوقص يتلو الوجوب **قوله** وهي التي طعنت في السنة
الثانية وانما سميت بنت مخاض لمعنى في امها لان امها صارت مخاضا باخرى اي حاملا وكذلك تسمية بنت لبون

لمعنى في امها فانها لبون بولادة اخرى وسميت حقة لمعنى فيها وهو انه حق لها ان تركب ويحمل عليها وسميت جذعة
بفتح الذال لمعنى في اسنانها معروف عند ارباب الابل وهي اعلى الاسنان التي توجد في زكوة الابل وبعدها ثني
وبازل ولا يجب شيء من ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم السعاة عن اخذ كرائم اموال الناس واعلم ان
من صفات الواجب في الابل الانوثة قال صاحب التحفة لا يجوز فيها سوى الاناث الا بطريق القيمة وقيل في ذلك
بان الشرع جعل الواجب في نصاب الابل الصغار دون الكبار بدليل انه لا يجوز الاضحية بها وانما يجوز بالثني فصاعدا
او كان ذلك تيسيرا لارباب المواشي وجعل الواجب ايضا من الاناث لان الانوثة يعد فضلا في الابل فصار
الواجب وسطا وقد جاءت السنة بتعيين الوسط ولم يتعين الانوثة في البقر والغنم لان الانوثة فيهما لا
تعد فضلا **قوله** تستأنف الفريضة تفسير الاستيناف انه لا يجب فيما زاد على مائة وعشرين حتى يبلغ الزيادة
خمسا فاذا بلغت خمسا كان فيها شاة مع الواجب المتقدم وهو الحقتان فتكون مع الحقتين فيؤخذ فيها اي في
الى قوله بنت مخاض **قوله** الى مائة وخمسين فيها ثلث حقاق يعني من اول النصاب فيكون جملة النصاب مائة و
واربعين حقتين وبنت مخاض فاذا زادت على ذلك خمسا صار مائة وخمسين ففيها ثلث حقاق **قوله** ثم تستأنف
الفريضة فيكون في الخمس شاة يعني مع ثلث حقاق وكذلك فيما بعده **قوله** ثم تستأنف الفريضة ابدا كما
تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين قيد بذلك احترازا عن الاستيناف الذي بعد المائة والعشرين
فان ذلك ليس فيه ايجاب بنت لبون ولا ايجاب اربع حقاق لعدم نصابهما لانه لما زاد خمس وعشرون على المائة
والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة واربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين فلما زاد عليها خمس
فصارت مائة وخمسين وجبت ثلث حقاق **قوله** وهذا اي الاستيناف بعد المائة والخمسين وبعد المائتين
مذهبنا وهو مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما وقال الشافعي رح اذا زادت على مائة وعشرين واحدة
ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات
والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون ولم يشترط عود
ما دونها يعني من غير ان يوجب في خمس وعشرين بنت مخاض ومن غير ان يوجب في الخمس شاة ولنا احاديث منها
ابن سعد رض قال قلت لابي بكر محمد بن عمرو بن حزم اخرج لي كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله لعمرو بن
حزم فاخرج كتابا في ورقة وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين استونفت الفريضة فما كان اقل من خمس
وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة فيعمل بالزيادة اذ ليس في حديثهم ما ينفي ذلك وقد عملنا بحديثهم ايضا
لانا اوجبنا في الاربعين بنت لبون فان الواجب في الاربعين ما هو الواجب في ستة وثلثين وكذلك اوجبنا
حقة **وقوله** والبخت والعراب سواء البخت جمع بختي وهو المتولد بين العربي والعجمي منسوب الى بخت نصر
والعراب جمع عربي وانما كانا سواء لان اسم الابل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما في الصفة لا يخرجهما
من النوع

فصل في البقر

قدم فصل البقر على الغنم لتناسبهما ضخامة وقيمة وهو مشتق
من بقر اذا شق وسمي به البقر لانه يشق الارض ولا خلاف في ان الثلثين والاربعين نصاب زكوة البقر على
ما ذكر في الكتاب واختلفت الرواية فيما زاد على الاربعين على ما يذكر والتبيع من اولاد البقر ما يتبع امه والمسن
منه ومن الشاة ما تمت له سنتان وانما خير بين الذكر والانثى لان الانوثة في البقر لا تعد فضلا كما تقدم **قوله**
بهذا اي بما ذكرنا من التبيع او التبيعة في ثلثين والمسن او المسنة في الاربعين امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
معاذا يعني اسعفه فاذا زادت على الاربعين فعنده روي عن ابي حنيفة ثلث روايات ففي رواية الاصل يجب في الزيادة
بقدر ذلك الى ستين ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين نصف عشر مسنة وفي رواية الحسن عنه لا شيء في
الزيادة حتى يبلغ الستين وجه الاولى ان العفو فيما بين الثلثين والاربعين وبين الستين وما فوقها ثبت نصا بخلاف
القياس لما فيه من اخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو اطلاق قوله خذ من اموالهم صدقة وقيام الاهلية ولا
نص ههنا فاوجبنا فيما زاد بحسابه وتحملنا التشقيص وان كان خلاف موضوع الزكوة ضرورة تعذر اخلاء عن
الواجب ووجه رواية الحسن ان مبنى هذا النصاب اي نصاب البقر على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب
بدليل ما قبل الاربعين وبعد الستين فيكون بين الاربعين والستين كذلك لكنه يخير بين اعطاء ربع مسنة او ثلث
تبيع لان الزيادة على الاربعين عشرة وهي ثلث ثلثين وربع اربعين فيخير بينهما ووجه رواية اسد وهو قولهما
قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رض لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسر بما بين الاربعين الى الستين والاوقاص جمع
وقص بفتح القاف وهو ما بين الفريضتين قلنا قد قيل ان المراد بها الصغار يعني ان المراد بالاوقاص العجاجيل
ونحن نقول بذلك **وقوله** ثم في الستين تبيعان الى اخره ظاهر لا يحتاج الى شرح

فصل في الغنم

قدم فصل زكوة الغنم على الخيل اما لكون الحاجة الى بيانه لكثرته واما لكونه متفقا عليه والغنم اسم جنس يقع على
الذكر والانثى وما في الكتاب ظاهر الا كلمات نذكرها **وقوله** والضان والمعز سواء يعني في تكميل النصاب لا في
اداء الواجب لما سنذكر ان الجذع من المعز لا يجوز **قوله** لان النص ورد به يعني كتب في كتاب رسول الله
في اربعين من الغنم شاة الحديث **وقوله** والجذع ما اتى عليه اكثرها روي عن ابي علي الدقاق انه ما طعن في الشهر التاسع
وعن ابي عبد الله الزعفراني انه ما طعن في الشهر الثامن وذكر في شرح الاقطع قال الفقهاء ان الجذع من الغنم
ما تمت له ستة اشهر هذا تفسير علماء الفقه وعن الازهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر او لتسعة والثني
الذي القى ثنيته وهو من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن البقر والغنم ما استكمل الثانية
ودخل في الثالثة ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها بعد الجذع
وقبل الرباعي وهذا تفسير اهل اللغة **قوله** وعن ابي حنيفة وهو قولهما يريد به ما روى الحسن عنه **وقوله** ولانه
يتأدى به الاضحية فكذا الزكوة يعني ان باب الاضحية اضيق الا ترى ان التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز ويجوز
اخذهما في الزكوة فاذا كان الجذع مجزئا في الاضحية ففي الزكوة اولى **قوله** وجواز التضحية جواب عن قولهما
ولانه يتأدى به الاضحية يعني ان جواز التضحية بالجذع عرف بنص خاص في التضحية وهو قوله صلى الله عليه وسلم
نعمت الاضحية الجذع من الضان فلا يتعداه والزكوة ليست في معناه اذا المقصود بها اراقة الدم والجذع
يقارب الثني في ذلك ولا كذلك الزكوة فلا تلحق بالاضحية دلالة

فصل في الخيل

وجه تاخيره عن فصل الغنم قد تقدم وكلامه واضح **قوله** هو المنقول اي تاويل ما روياه بفرس الغازي هو المنقول
عن زيد بن ثابت رض فان هذه الحادثة وقعت في زمن مروان فشاور الصحابة رضي الله عنهم فروى ابو هريرة رض
ليس على الرجل في عبده ولا في فرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ما تقول يا ابا سعيد فقال ابو هريرة
عجبا من مروان احدثه بحديث رسول الله صلعم وهو يقول ما تقول يا ابا سعيد فقال زيد صدق رسول الله
وانما اراد به فرس الغازي واما ما حبسها لطلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار او عشرة
دراهم والتخيير بين الدينار والتقويم ماثور عن عمر رض فانه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح رض يامر ان ياخذ

من الخيل السائمة عن كل فرس دينارًا او عشرة دراهم وخيل كان ذلك في خيل العرب لتقاربها في القيمة واما في افراسنا
فتقومها لاغير فان قيل لو وجبت فيها الزكوة لكان للامام اخذها جبرا ولو وجبت من عينها كما في سائر السوائم وليس كذلك
اجيب بانه لم يثبت له ذلك لان الخيل مطمع لكل طامع فيخشى على صاحبه التعدي بالاخذ ولم يجب من عينها لان
مقصود الفقير لا يحصل به لكونه غير ماكول اللحم عنده قوله ليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل
بذكور الابل والبقر والغنم منفردات بانها لا تتناسل ووجبت فيها الزكوة واجيب بان النماء شرط وجوب الزكوة
فان قيل فما وجه الرواية التي يجب في الذكور منفردة ايضًا ولا نسل فيه ما ذكرتم اجيب بان وجهها ان الاناث
جعلتها نظيرها من انواع السائمة فانه بسبب السوم يخف المؤنة على صاحبه وبه يصير مالا ذا زكوة فكانت كانواعها
قوله لم ينزل علي فيهما شيء روي انه سئل عن الحمير فقال لم ينزل علي فيها الا هذه الاية الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة
خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره

فصل

قال صاحب النهاية وجدت في هذا الموضع
مكتوبا بخط شيخي في وجه مناسبة ايراد هذه المسئلة ههنا هي انه لما فرغ عن بيان حكم الكبار من السوائم شرع في بيان
حكم الصغار واقول ليس الفصل منحصرا في ذلك بل فيه غيره وكان الفصل ههنا كمسائل شتى يكتب في اخر الابواب
والفصلان جمع الفصيل ولد الناقة من فصل الرضيع عن امه والحملان بضم الحاء وقيل بكسرها جمع الحمل وهو ولد
الضأن في السنة الاولى والعجاجيل جمع عجول من اولاد البقر حين تضعه امه الى شهر كذا في المغرب وصورته في المبسوط
رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان او ثلثين من العجاجيل او اربعين من الحملان او وهب له ذلك هل ينعقد
عليها الحول ام لا على قول ابي حنيفة ومحمد لا ينعقد وعند ابي يوسف ينعقد حتى لو حال الحول عليها من حين الملك وجبت
الزكوة وقيل صورتها اذا كان له نصاب سائمة فمضى عليها ستة اشهر فولدت مثل عددها ثم هلكت الاصول وبقي
الاولاد او لم يبق من الاصول الا واحد وعندهما لا يبقى وعند الباقين يبقى وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء
عن ابي يوسف قال دخلت على ابي حنيفة فقلت له ما تقول فيمن ملك اربعين حملا فقال فيها شاة مسنة فقلت ربما يأتي
قيمة الشاة على اكثرها او جميعها فتأمل ساعة ثم قال لا ولكن تؤخذ واحدة منها فقلت او يؤخذ الحمل في الزكوة فتأمل
ساعة ثم قال لا اذا لا يجب فيها شيء فاخذ بقوله الاول زفر وبقوله الثاني ابو يوسف وبقوله الثالث
محمد وعد هذا من مناقبه حيث تكلم في مسئلة في مجلس ثلثة اقاويل فلم يضيع شيء منها وجه القول الاول ان الاسم
المذكور في الخطاب بعينه قوله في خمس من الابل السائمة شاة ينتظم الصغار والكبار لكونه اسم جنس كاسم الادمي
ولهذا لو حلف لا يأكل لحم ابل فاكل لحم الفصيل حنث واجيب بان الواجب قيل من الكبيرة واخذ المسنة من الصغار
ليس كذلك لان قيمتها قد تأتي على اكثر النصاب ووجه القول الثاني انا لو اوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا يوجد
فيها كان اضرارا لصاحب المال وهو ينفي عدم الوجوب ولو لم نوجب شيئا كان اضرارا بالفقراء لان الصغار نصاب
فان الكبار تكمل بها نصابا وكل ما هو كذلك كان نصابا بنفسه كالمهازيل وعكسه الحمر فانها لا تكمل بها نصاب
فلا يكون في نفسها نصابا فاوجبنا واحدة منها كما في المهازيل فانا لا نوجب فيها الا الكبير وانما نوجب واحدة منها
وهذا معنى قوله تحقيقا للنظر من الجانبين ووجه القول الاخير ما قال ان المقادير لا يدخلها القياس الى اخره وتقريره
ان ايجاب ما ورد به الشرع من الاسنان ههنا ممتنع لانها لا توجد في الصغار واذا امتنع ما ورد به الشرع
ههنا امتنع اصلا لانه لو جاز لكان بالقياس والمقادير لا يدخلها القياس ويخرج من هذا جواب ابي يوسف
فانه قاس على المهازيل وهو فاسد لان المهازيل يوجد فيها ما ورد به الشرع من الاسنان ولو كان فيها واحد من المسان

الاخر يعني اذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار تبعا لها في انعقادها نصابا ولا يتأدى الزكوة بالصغار بل يدفع لها
من الكبار وان كان على مقدار الواجب بيانه اذا كانت له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنتان وان كانت له
مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب مسنة واحدة وعند ابي يوسف مسنة وحمل
وعلى هذا القياس فصيل الابل والبقر والاصل في ذلك ما قال عمر رض عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على
كفه ولا تأخذها منهم فقد نهى عن اخذ الصغار عند الاختلاط قوله ثم عند ابي يوسف الخ يعني ان الروايات
عن ابي يوسف اختلفت في الفصلان روى محمد عنه انه لا يجب فيها الزكوة حتى يبلغ عددا لو كانت مسان يجب
الواجب وذلك بان يبلغ ستة وسبعين ثم يجب فيها اثنان ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان
يثلث الواجب بان يبلغ مائة وخمسة واربعين فيجب منها ثلثة ولا يجب فيما دون خمسة وعشرين ووجهه ان
الواجب كان تعين بالنص باعتبار العدد والسن وقد تعذر اعتبار السن في الفصلان فبقي العدد معتبرا قال رح
وهذا غير صحيح فان رسول الله صلعم اوجب في خمس وعشرين واحدة في الاعتبار قبلها اربعة نصب واوجب في ست
وسبعين في موضع اعتبر ثلثة نصب بينها وبين خمسة وعشرين وفي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب لو
اوجبنا كان بالرأي لا بالنص وروى ابن سماعة عنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل وهكذا
الى خمس وعشرين ووجهه انه اعتبر البعض بالكل وروى عنه انه ينظر في الخمس الى قيمة خمس فصيل والى قيمة شاة
يجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل وفي خمسة عشر يجب الاقل من قيمة ثلث شياه ومن
قيمة ثلثة اخماس فصيل وفي العشرين الاقل من اربع شياه ومن اربعة اخماس فصيل وفي الخمس والعشرين
يجب واحدة منها وهذا معنى قوله على هذا الاعتبار ووجه هذه الرواية ان الاقل متيقن فيتعين قال
ومن وجب عليه سن المسن هي المعروفة ثم سمي بها صاحبها كالثاني للمسنة من البقر ثم استعيرت لغيرها كابن مخاض
وابن لبون وذكر السن واراد به ذات السن وانما يكون في الحيوان لا في الانسان لان عمر الدواب يعرف بالسن قوله
ومن وجب عليه سن صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون فلم توجد عنده ياخذ المصدق الحقة ويرد الفضل
او وجب عليه الحقة فلم توجد ياخذ بنت اللبون وياخذ الفضل قال في النهاية ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل
على ان الخيار للمصدق وهو الذي ياخذ الصدقات ولكن الصواب ان الخيار الى من عليه لان الخيار شرع رفقا
بمن عليه الواجب والرفق انما يتحقق بتخييره فكانه اراد به اذا سمحت نفس من عليه اذ الظاهر من حال المسلم انه يختار
ما هو الارفق بالفقراء واقول ظاهر ما ذكر في الكتاب لا يدل على ذلك وانما يدل على ان الخيار في الوجه الاول للمصدق
حيث قال ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او قيمته لانه شرى وفي الثاني لمن عليه حيث قال يجبر لانه لا بيع فيه
بل هو اعطاء بالقيمة ولا بعد في ان يكون مختار المص التفصيل بناء على ما ذكر من الدليل هذا ان اراد بالكتاب الهداية
وان اراد به القدوري فالظاهر منه ليس مراد كما استدل عليه المص وفي قوله ويرد الفضل اشارة الى نفي مذهب
الشافعي وهو ان جبران ما بين السنين مقدر بشاتين او عشرين درهما لقوله عليه السلام من وجب في ابله بنت لبون
فلم يجد المصدق الا حقة اخذها ورد شاتين او عشرين درهما مما استيسرتا عليه وان لم يجد الا ابنة مخاض اخذ
واخذ شاتين او عشرين درهما مما استيسرتا عليه وعندنا ذلك بحسب الغلاء والرخص وانما قاله ص لان
التفاوت ما بين السنين في زمانه كان ذلك المقدار لا انه تقدير شرعي وكيف ذلك وربما يؤدي الى الاضرار بالفقراء
او الاجحاف بارباب الاموال لانه اذا اخذ الحقة ورد شاتين فربما يكون قيمتها قيمة الحقة فيصير ما ذكاه للمزكي عليه

معنى وهو اصناف الفقراء واذا اخذ بنت مخاض وشاتين فقد يكون قيمتهما قيمة بنت لبون فيكون آخذا للزكوة
منها وابنة المخاض تكون زيادة وفيها اجحاف بارباب الاموال قال ويجوز دفع القيم في الزكوة اداء القيمة
مكان المنصوص عليه في الزكوة والصدقات والعشور والكفارات جايز لا على ان القيمة بدل عن الواجب لان المصير
الى البدل انما يجوز عند عدم الاصل واداء القيمة مع وجود عين المنصوص عليه في ملكه جايز فكان الواجب عندنا
احدهما اما العين او القيمة وقال الشافعي رح لا يجوز اتباعا للمنصوص عليه وهو قوله عليه السلام في اربعين شاة شاة
كما في الهدايا والضحايا وقوله ايصالا للرزق الموعود مفعول له وخبر ان محذوف اى ثابت او نحوه وهو ايصال او
خبر ان على النسخة الاولى تقريره كلامه الامر باداء الزكوة الى الفقير بقوله تعالى آتوا الزكوة لايصال الرزق
الموعود بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها اليه ثابت في الواقع ولا مزيد لك يبطل تعيين
الشاة فان ثابت في الواقع يبطل تعيين الشاة اما ثبوت ذلك في الواقع فلان الله وعد ارزاقهم ثم امر
باتياء ما اوجب عليهم اليهم انجازا للوعد كما دلت عليه الاتيان واما ان الامر بذلك يبطل تعيين الشاة فلان
المامور به قربة البتة وجه القربة في الزكوة سد خلة المحتاج وهي مع كثرتها لا تستد بعين الشاة فكان
اذنا بالاستبدال على ما عرف في الاصول وفي ذلك ابطال قيد الشاة ويحصل به الرزق الموعود وعين
وعلى الثانية الامر بالاداء الى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه لان الرزق لم ينحصر في اكل اللحم فكان اذنا
بالاستبدال الى آخره فكان هذا كالجزية في انها وجبت لكفاية المقاتلة ويجوز فيها دفع القيمة بالاجماع بخلاف
الهدايا والضحايا فان القربة فيها اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شيء وهي ليست
بمتقومة ولا معقول المعنى قال وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة العلوفة بالفتح ما يعلفونه
من الغنم وغيرها الواحد والجمع سواء من علف الدابة اطعمها العلف والعلوفة بالضم جمع علف وقوله لم
ظواهر النصوص يعني قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة قوله عليه السلام خذ من الابل الابل وفي اربعين شاة شاة
وغير ذلك مما فيه كثرة ولنا حديث على ان النبي عم قال ليس في الابل الحوامل صدقة وفي حديث ابن عباس
عن النبي عليه السلام ليس في البقر العوامل صدقة وحديث جابر عن النبي عم ليس في البقر المثيرة صدقة وهو
مذهب على وجابر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم ولان السبب هو المال النامي ودليله الاموال
نامية لان دليل النماء الاسامة او الاعداد للتجارة والفرض عدمها واذا انتفى السبب انتفى الحكم قوله
ولان في العلوفة اى لان السبب هو المال النامي ولا نماء في هذه لان المؤنة تراكم فيها فينعدم النماء
معنى وفيه بحث من وجهين احدهما انكم ابطلتم اطلاق الكتاب بخبر الواحد وهو لا يجوز عندكم لكونه نسخا
وحملتم المطلق في الاخبار على المقيد وهو ايضا لا يجوز عندكم والثاني ان دليل النماء الاسامة او الاعداد
للتجارة كما ذكرتم وتراكم المؤنة لا يبطل النماء بالاعداد للتجارة فان من اشترى خمسا من الابل بنية
التجارة وعلفها جميع السنة وجبت عليها الزكوة في آخر السنة فما باله ابطل النماء بالاسامة والجواب عن الاول
ان الاطلاق ليس على ظاهره بالاجماع الا ترى انه مطلق عن حولان الحول ولا يجب الا به فكان الآية لبيان
وجوب الاخذ وهي فيما عداه مجمل لحق الاخبار بيانا لذلك ولم يحمل المطلق على المقيد وانما جعلنا المقيد
لئلا يلزم النسخ مرتين فان الاصل هو الاطلاق لكونه عدما فلو قدمنا المقيد نسخ الاطلاق ثم المطلق
ينسخه فكان دفعا لذلك وعن الثاني بان الاسامة والعلف متضادان فاذا وجد العلف انتفى الاسامة

ولا كذلك التجارة ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة اما في اكثر
الحول فلان القليل تابع للاكثر لان اصحاب السوائم لا يجدون بدا من ان يعلفوا سوائمهم في وقت البرد والثلج كما في البلاد
الباردة واما في الصيف فلانه وقع الشك في ثبوت سبب الايجاب فلا يجب ولا يرجح جهة الوجوب بجهة العبادة
لان الترجيح انما يكون بعد ثبوت السبب قال في النهاية ثم هذا الذي ذكر من الاسامة في حق ايجاب زكوة السوائم
انما يصح ان لو كانت الاسامة للدر والنسل والتسمين واما الاسامة للتجارة فلا يجب فيها زكوة السوائم وكذلك
في الاسامة للحمل والركوب قوله ولا يأخذ المصدق خيار المال الظاهر قوله من حزرات اموال الناس الحزرات
بالحاء المهملة والنقحات جمع حزرة بالتحريك وهو خيار المال والحاشية صغار الابل لا كبار فيها وذكر في
المغرب خذ من حواشي اموالهم اى من عرضها يعني من جانب من جوانبها من غير اختيار وهي في الاصل جمع حاشية
الثوب وغيره لجانبه وتفسير المص بقوله اى اوساطها غير ذلك وهو الحق لان فيه نظرا من الجانبين
قال ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه المستفاد على ضربين احدهما من خلاف جنسه والثاني لا يضم بالاتفاق
كما اذا كان له ابل فاستفاد في اثناء الحول بقرا او غنما وانما تستانف له حولا بنا وآخر والاول لا يخلو من ان يكون
حاصلا بسبب الاصل كالاولاد والارباح او بسبب مقصود فان كان الاول يضم بالاجماع وان كان الثاني
مثل ان يكون عنده رجل مقدار ما تجب فيه الزكوة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس في خلال الحول بشراء او هبة
او ميراث ضمها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعي لا يضم بل يستانف له حولا جديدا من حين ملكه فاذا
تم الحول وجب فيه الزكوة نصابا كان او لم يكن له انه اصل في حق الملك لحصوله بسبب غير سبب الاصل
كان كذلك كان اصلا في الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة الملك
تملكت بملك الاصل دون سبب مقصود ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها
المجانسة يتعسر التميز لان المستفاد مما يكثر وجوده لكثرة اسبابه فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد
مراعاته فيه انما يمكن بعد ضبط كميته وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج لا سيما اذا كان النصاب
دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهما ودرهمين والحول انما شرط تيسيرا فلو شرط لها حولا جديدا
عاد على موضوعه بالنقض واذا ثبت ان علة الضم في الاولاد والارباح المجانسة وهي موجودة في محل
النزاع وجب القول بثبوت الحكم فيه فان قيل قد روى ان النبي صلعم قال ليس في مال زكوة حتى يحول عليه الحول
وعلى تقديره الضم يجب الزكوة بلا حول اجيب بانا ما اسقطنا الحول وانما جعلنا الحول الذي حال على
الاصل حولا على المستفاد تيسيرا فان عورض بان الحكم في الاولاد والارباح بطريق السراية فلا يثبت
الحكم في محل النزاع قلنا ممنوع فان هذا الحكم قد يثبت في الامهات فان من كانت له ثمانية وثلثون شاة
فولدت واحدة منها قبل الحول فتم الحول وجبت عليه شاتان فكان الوجوب على الام وغيرها بسبب الولد
اذ لم يكن بطريق السراية قوله والزكوة عند ابي حنيفة في صورته ظاهرة فان من كان له تسع من الابل
عليها الحول فهلك منها اربع فعليه في الباقي شاة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد وزفر عليه
اتساع شاة وكذلك الدليل من الجانبين وقوله ولان العفو معناه ان العفو لا يثبت الا بعد وجود
النصاب فكان تابعا وكل مال يشتمل على اصل وتبع ثم هلك منه شيء صرف الهلاك الى التبع دون الاصل
كمال المضاربة اذا كان فيه ربح فهلك منه شيء فانه يصرف الى الربح دون راس المال بالاتفاق قوله وعند

اى ويكون الهلاك مصروفا الى النصاب الاخير اتفق وبيان ذلك انه اذا كان لرجل ثمنون من الابل فهلك منها عشرون ففي الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يجب فيها اربع شياه عشرون جزء من ستة وثلثين جزءا من ابنة لبون وقال محمد رح يجب نصف بنت لبون من على اصله ان الواجب متعلق بالكل فاذا هلك النصف الكل سقط نصف الواجب ولابي يوسف رح ان الاربع عفو ويبقى الواجب في ستة وثلثين فيبقى الواجب بقدر الباقي ولابي حنيفة ان الهالك يجعل كان لم يكن من قبل انه تابع والنصاب الاول هو الاصل لانه اذا تعلق الزكوة عن نصب كثيرة وفي ملكه نصاب واحد جاز فثبت ان النصاب الاول اصل وما زاد عليه كالتابع فاذا هلك شئ صرف الهلاك الى ما هو التابع فيجب زكوة العشرين وذلك اربع شياه. قال واذا اخذ الخوارج

الخراج الخوارج قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام العادل بحيث يستحلون قتل العادل ومال العادل ويدينون ذلك وقالوا من اذنب صغيرة او كبيرة فقد كفر وحل قتله الا ان يتوب وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها ابدا فاذا ظهروا على بلدة فيها اهل العدل فاخذوا الخراج وصدقة السوائم ثم ظهر عليهم الامام لا يثني عليهم اى لا يؤخذ منهم ثانيا لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية كتب عمر رض الى عامله ان كنت لا تحميهم فلا تجبهم من جبى الخراج جباية اذا جمعه وافتوا بان يعيدوها يعني الصدقة دون الخراج وهو اختيار ابي بكر الاعمش لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة اذا ظهر عدو ذبوا عن دار الاسلام واما الصدقات فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم يسقط وهو المحكي عن الفقيه ابي جعفر وكذا الدفع الى كل جائر قال في الجامع الصغير لقاضي خان وكذا السلطان اذا صادر رجلا واخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكوة عند الدفع سقطت عنه الزكوة لانهم بما عليهم من التبعات فقراء فانهم اذا ردوا ما لهم الى من اخذوه منه لم يبق معهم شئ فالتبعات الحقوق التي عليهم كالدين والغصوب والتبعة ما اتبع به **وقوله** والاول احوط اى الافتاء باعادة صدقة السوائم والعشور احوط لان ذلك خروج عن عهدة الزكوة بيقين قيل كان في قوله وصدقة السوائم اشارة الى ما قيل الشيخ الشهيد ان هذا في صدقات الاموال الظاهرة اما اذا صادره السلطان ونوى هو اداء الزكوة فعلى قول طائفة يجوز والصحيح انه لا يجوز لانه ليس للطالب ولاية اخذ زكوة الاموال الباطنة والظاهر من كلام المص العموم في الاموال الباطنة والظاهرة قوله وليس على الصبي من بني تغلب سائمة شئ بنو تغلب قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الروم فلما اراد عمر رض ان يوظف عليهم الجزية ابوا وقالوا نحن من العرب نانف في اداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائك من الروم وان رايت ان تاخذ منا ما ياخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فعلت ذلك فشاور عمر الصحابة في ذلك وكان الذي سعى بينه وبينهم كردوس التغلبي قال يا امير المؤمنين صالحهم فانك ان تناجزهم لم تطقهم فصالحهم عمر رض على ذلك وقال هي جزية سموها ما شئتم فوقع الصلح على ان يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ولم يتعرض لهذا الصلح بعد عثمان فلزم اول الائمة وآخرهم واذا عرف هذا فما في الكتاب ظاهر وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يؤخذ من نسائهم لانه بدل الجزية ولا جزية على النساء ووجه الظاهر ما اشار اليه في الكتاب انه بدل الصلح والرجال والنساء فيه سواء لانهم صالحوا على ان يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين والصدقة تؤخذ من المسلمات دون الصبيان فكذا في حقهم قال وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة اى ان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت عندنا وقال الشافعي

ان هلك بعد التمكن من الاداء لم تسقط والتمكن منه في الاموال الباطنة بالظفر بالمستحق وفي الظاهرة بالظفر بالساعي في احد القولين لان الواجب تقرر في الذمة بحصول الوسع على الاداء ومن تقرر عليه الواجب لا يبرا عنه بالعجز عن الاداء كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد وهذا بناء على ان الزكوة عنده يجب في الذمة وعندنا في العين **وقوله** ولا ان منع بعد الطلب دليل آخر وهو ان الزكوة حق الله تعالى وقد طلب بالخطاب فاذا تمكن من الاداء ولم يؤد كان الهلاك منعا بعد الطلب والمنع بعد طلب صاحب الحق يوجب الضمان وكان كالاستهلاك ولنا ان الواجب ليس في الذمة بل هو جزء من النصاب عملا بكلمة في في قوله في اربعين شاة شاة وتحقيقا للتيسير فان الزكوة وجبت بقدرة ميسرة على ما عرف في الاصول ومن التيسير ان يكون الواجب من النصاب اذ الانسان انما يخاطب باداء ما يقدر عليه وهو قادر على الاداء الزكوة من هذا النصاب لجواز ان لا يكون له مال سواه لاسيما السكان في المفاوز فانهم لا يقدرون على تحصيل شئ من النقود لبعدهم من العمران واذا كان جزءا منه كان النصاب محلا فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية فانه يسقط بهلاكه واذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر وغيرها لانها تجب في الذمة وعورض بان دفع القيمة يجوز عندكم ولو كان الواجب جزءا من النصاب لما جاز لان القيمة ليست بجزء من النصاب واجيب بان ذلك بامر آخر وهو الاذن بالاستبدال كما تقدم قوله والمستحق فقير جواب عن قوله منع بعد الطلب وفيه اشارة الى انه لو طلبه فقير بالاداء ولم يؤد حتى هلك المال لم يجب الضمان ايضا فضلا عما اذا لم يطلبه لان المستحق للطلب فقير يعينه المالك لا كل فقير لان للمالك الراى في التصرف الى من شاء من الفقراء ولم يتحقق منه الطلب فلا يكون ثمه منع بعد الطلب في عبادة فسامح لان الفقير مصرف عندنا لا مستحق كما عرف في الاصول الا اذا حمل كلامه على ان المراد به المستحق للطلب وفيه ضعف فان قيل فالساعي متعين للطلب فاذا لم يؤد بعد طلبه حتى هلك وجب ان يضمن ولم تقولوا به اجاب بقوله وبعد طلب الساعي قيل يضمن وهو قول العراقيين من اصحابنا لكونه متعينا للطلب فالمنع يكون تفويتا كما في الاستهلاك وقيل لا يضمن وهو قول مشايخ ماوراء النهر قيل وهو الصحيح لعدم التفويت فان المنع ليس تفويت لجواز ان يكون منعه لاختيار الاداء من محل آخر بخلاف الاستهلاك فانه قد وجد منه التعدي على محل مشغول بحق الغير بالاتلاف فجعل المحل قائما زجرا له ونظرا لصاحب الحق اذ لو لم يجعل كذلك لما وصل الى الفقير شئ لان كل من وجب عليه الزكوة لم يعجز ان يصرف النصاب الى حاجته بلا ضمان **وقوله** وفي هلاك البعض يسقط بقدره اى بقدر الهالك اعتبارا للبعض بالكل فان قيل قد ثبت ان الزكوة واجبة بقدرة ميسرة باشتراط النصاب وما وجب بصفة لا يبقى بدونها وقد زال اليسر بفوات بعض النصاب فكان الواجب ان لا يبقى عليه شئ كما ابتداء الوجوب فانه لا يثبت ببعض النصاب اجيب بان اليسر فيها لم يكن من حيث اشتراط النصاب بل من حيث اشتراط صفة النماء ليكون المؤدى جزءا من المال النامي لئلا ينتقص به اصل المال وانما اشتراط اصل النصاب في الابتداء ليصير المكلف به اهلا للاغناء فانه لا يتحقق الا من الغني والشرع قدر الغنى بالنصاب كما عرف في الاصول وانما يسقط عند هلاك الكل لفوات النماء الذي يتعلق به اليسر واذا هلك البعض بقي اليسر ببقاء النماء في ذلك القدر فيبقى بقسطه قوله وان قدم الزكوة على الحول اى اداها قبل حولان الحول جاز عندنا خلافا لمالك وذكر في الاسرار ذهب مالك الى ان حولان الحول

شرطا كالنصاب وتقديم الشئ وهو على الشرط لا يجوز كما لو قدم على النصاب قلنا انه ادى بعد سبب الوجوب وهو جائز كما اذا صلى في اول الوقت وصام المسافر في رمضان وادى الدين المؤجل وهو لان الحول شرط وجوب الاداء وكلامنا في جوازه فصار كما اذا كفر بعد الجرح ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لان ملك النصاب سبب وجوب الزكوة في كل حول ما لم ينتقص وجاز التعجيل باعتبار تمام السبب وفي ذلك الحول الاول والثاني سواء ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر فاذا كان له خمس من الابل فعجل اربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الابل جاز عن الكل عندنا وعنده لا يجوز الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكوة اصل بنفسه فكان التعجيل على النصاب الثاني كالتعجيل على الاول وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكوة اصل بنفسه فكان التعجيل على النصاب الثاني كالتعجيل على الاول وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز قلنا ان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزايد عليه تبع له الا ترى ان من كان له نصاب في اول الحول ثم حصل له نصب في آخر الحول ثم تم الحول على النصاب الاول ولم يتم على الباقية جعل كانه تم الحول على النصب كلها ووجب اداء الزكوة عن المجموع بالاتفاق فكذا يجعل النصب الاخر كالموجودة في اول الحول في حق التعجيل

باب زكوة المال

لما قدم ذكر زكوة السوايم لما قلنا اعقبه ذكر غيرها من اموال الزكوة قال محمد المال كل ما يتملكه الناس من دراهم او دنانير او حنطة او شعير او حيوان او ثياب او غير ذلك والمصنف ذكر المال واراد غير السوايم على خلاف عرف اهل البادية فان اسم المال عندهم يقع على النعم وعلى عرف اهل الحضر فانه يقع عندهم على غير النعم

فصل في الفضة

قدم فصل الفضة على غيرها لكونها اكثر تداولا في الايدي والاواقي بالتشديد اصله من الوقاية لانها تقي صاحبها من الضر وقيل هي فعلية من الاوق وهو الثقل والجمع الاواقي بالتشديد افاعيل كالاضاحي بالتخفيف فاعل وكلامه ظاهر **قوله** فيكون فيها درهم يعني مع الخمسة وهكذا في كل اربعين درهما درهم مع ما سبق عند ابي حنيفة رح وهو قول عمر رض وقالا ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه قلت الزيادة او كثرت حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيه جزء من اربعين جزءا من درهم وهو قول علي وابن عمر رض وبه اخذ الشافعي رح لقول علي رض ان النبي عم قال وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل مال فان قيل فعلام شرط النصاب في الابتداء اجاب بقوله لتحقق الغنا ليصير المكلف به اهلا للاغناء كما ذكرنا من قبل فان قيل لو كان اشتراطه لذلك لما شرط في السوايم في الانتهاء كما شرط في الابتداء اجاب بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع ولابي حنيفة رح قول رسول الله عليه السلام لمعاذ رض حين وجهه الى اليمن لا تاخذ من الكسور شيئا معناه لا تاخذ من الشئ الذي يكون المأخوذ منه كسورا منها كسورا باعتبار ما يجب فيه فلا يحتمل ان يجوز ان يكون المراد ما قبل المائتين بدليل انه قال عقيب هذا في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم ولا تاخذ مما زاد حتى يبلغ اربعين درهما فتاخذ منها درهما هكذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي مسندا الى معاذ بن جبل فيحمل قوله فاذا بلغ الورق الى آخر الحديث بيانا وتفسيرا لقوله لا تاخذ من الكسور شيئا لئلا يلزم التكرار وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة وذلك انما يكون بعد المائتين لان ما قبله ليس فيه ولا فيما دونه صدقة وهذا محكم فلا يعارضه حديث علي لانه لاحتماله ان يكون المراد

بالزيادة على المائتين اربعون واحتماله ما ذكرنا ولان الحرج مدفوع وهو واضح وفي ايجاب الكسور ذلك اي الحرج لتعذر الوقوف لانه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم يجب عليه عندهما خمسة دراهم وسبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم فتعسر معرفة سبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم ثم لا يقدر على الاداء في السنة الاولى فاذا جاء السنة الثانية وجب عليه زكوة ما بقي من المال بعد الزكوة لان دينها مستحق وان لم يؤد ذلك مائتا درهم ودرهم وثلثون جزءا من اربعين جزءا من درهم واحد وزكوة درهم وثلثة وثلثين جزءا من اربعين جزءا من درهم فيتعسر الوقوف عليها البتة **قوله** والمعتبر في الدراهم وزن الدراهم في الابتداء وكانت على ثلثة اصناف صنف منها كل عشرة منه عشرة مثاقيل كل درهم مثقال وصنف منها كل عشرة منه ستة مثاقيل كل درهم ثلثة اخماس مثقال وصنف منها كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال وكان الناس يتصرفون بها ويتعاملون بها فيما بينهم فلما تولى عمر رض اراد ان يستوفي الخراج بالاكثر فالتمسوا منه التخفيف فجمع حساب زمانه ليتوسطوا ويوفقوا بين الدراهم كلها وبين ما رامه عمر رض وبين ما رامته الرعية فاستخرجوا له وزن السبعة وهو معنى قوله بذلك جرى التقدير في ديوان عمر واستقر الامر عليه فتعلق الاحكام به كالزكوة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح وانما جعلوا ذلك لاحد وجوه ثلثة احدها انك اذا جمعت من كل صنف عشرة دراهم صار الكل واحدا وعشرين مثقالا فاذا اخذت ثلث ذلك كان سبعة مثاقيل والثاني انك اذا اخذت ثلث عشرة من كل صنف وجمعت بين الاثلاث الثلثة المختلفة كانت سبعة مثاقيل والثالث انما زاد الفضل على السبعة من العشرة اعني الثلثة والفاضل ايضا من مجموع الستة والخمسة اعني الاربعة ثم جمعت مجموع الفاضلين اي فاضل السبعة من العشرة وفاضل المجموع من الستة والخمسة وهو ما الغيبة كانت سبعة مثاقيل فلما كانت سبعة مثاقيل اعدل الاوزان فيها ودارت في جميعها بطريق مستقيم اختاروها **وقوله** وهو في حكم الفضة واضح **قوله** كما في ستار الرعيض الخ يعني انها اذا لم تكن للتجارة ينظر الى ما يخلص منها من الفضة فان بلغ مائتي درهم يجب الزكوة لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة وان كان لا يخلص ذلك فهي كالمغشوشة من الصفر كالفضة لا شئ فيها الا اذا كانت للتجارة وقد بلغت قيمتها مائتي درهم فيجب خمسة دراهم

فصل في الذهب

قدم وجه تاخيره عن فصل الفضة **قوله** لما روينا اشارة الى قوله في اول فصل الفضة كتب الى معاذ ان خذ الى ان قال ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وضمير منها راجع الى ما لانه في معنى الجمع وقيل تعريف المثقال بقوله ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم غير صحيح لانه عرف الدراهم في فصل الفضة بقوله وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل فيتوقف معرفة كل منها على الآخر وهو دور والجواب انه ما عرف الدراهم بالمثقال في فصل الفضة وانما قال المعتبر من اصنافها ما يكون وزن سبعة مثاقيل وكان ذلك معروفا فيما بينهم ثم قال ههنا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف اي المراد بالمثقال هو المعروف فيما بين الناس الذي عرف به وزن الدراهم ولا دور في ذلك **قوله** ثم في كل اربعة مثاقيل يعني اذا زاد على العشرين وبلغ الزيادة الى اربعة مثاقيل ففيها قيراطان مع نصف مثقال لان الواجب ربع العشر وربع العشر حاصل فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا فتكون اربعة مثاقيل ثمانون قيراطا وربع عشرها قيراطان وهذا بسبعة اهل الحجاز والقيراط خمس شعيرات فالمثقال وهو الدينار عندهم مائة شعيرة واصل القيراط قراط

بالتشديد لان جمعا القراريط فابدل من احد حرفي التضعيف ياء **وقوله** هي مسئلة الكسور يعني التي بينها في فصل الفضة وقد بينا الاختلاف والحجج من الجانبين فيه ولا مخالفة بينها خلا ان ابا حنيفة لم يعتبر ما دون الخمس ثمة وهنا اعتبر ما دون اربعين درهما هناك **قوله** وفي تبر الذهب والفضة التبر ما كان غير مضروب منهما والحلي على فعول جمع حلي كثدي جمع ثدي وهي ما يتحلى به المرأة منهما **وقوله** وقال الشافعي لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال يعني الحلي الذي يباح استعماله لانه مبتذل في مباح وكما كان كذلك لا زكوة فيه كثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر فاذا كان موجودا لا يعتبر بالنية بخلاف الثياب لان فيهما دليل النماء والابتذال فيها اصل لان فيه صرفا لها الى الحاجة الاصلية المتعلقة بها وهي دفع الحر والبرد

فصل في العروض

اخر فصل العروض لانها تقوم بالنقدين فكان حكمها بناء عليهما والعروض جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا اي متاعها سوى النقدين **وقوله** كائنة ما كانت اي من اي جنس كانت سواء من جنس تجب فيها الزكوة كالسوائم اولم تكن كالثياب والحمر والبغال **قوله** ويشترط نية التجارة اي حالة الشراء واما اذا كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران عمل التجارة بنيته لان مجرد النية لا يعمل كما مر **وقوله** يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء فانه لا بد من مراعاة الاقوال في التقويم فان فيه اربعة اقوال احدها هذا وهو ما روي عن ابي حنيفة في الامالي ووجهه ما ذكره بقوله لحق الفقراء فانه لا بد من مراعاة الانفع الا ترى انه اذا كان يقومه باحد النقدين يتم النصاب وبالآخر لا يتم يقوم بما يتم بالاتفاق احتياطا لحق الفقراء فكذلك ههنا كذا في النهاية وهو مخالف لتفسير المص الانفع في الكتاب والثاني ما ذكره في المبسوط وهو ان يقوم صاحب المال باي النقدين شاء وهو ان التقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان في ذلك سواء والثالث قول ابي يوسف على ما ذكر في الكتاب **قوله** لانه ابلغ في معرفة المالية لانه ظهر قيمة مرة بهذا النقد الذي وقع به الشراء والظاهر انه اشتراها بقيمتها لان الغبن نادر والرابع قول محمد وهو ان يقومها بالنقد الغالب على كل حال يعني سواء اشتراها باحد النقدين او بغيره لان التقويم في حق الله معتبر بالتقويم في حق العباد ومتى وقعت الحاجة الى تقويم المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب في البلد فكذا هنا **وقوله** واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة قيد بالنقصان احترازا عن الهلاك فان هلاك كل النصاب يقطع الحول بالاتفاق وذكر النصاب مطلقا ليتناول كل ما يجب فيه الزكوة كالنقدين والعروض والسوائم وقال زفر لا يلزم الزكوة الا ان يكون النصاب من اول الحول الى آخره كاملا لان حولان الحول على المال شرط للوجوب وكل جزء من الحول بمعنى اوله وآخره ولنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن قول زفر لان اشتراط النصاب في الابتداء للانعقاد وفي الانتهاء للوجوب وما بينهما بمعزل عنهما جميعا فلا يكون كل جزء من الحول بمعنى اوله وآخره والمراد بالنقصان النقصان في الذات فان النقصان في الوصف بجعل السائمة علوفة يسقطها لان فوات الوصف وارد على كل النصاب فكان كهلاك النصاب كله لفوات المحلية بفوات الوصف **قوله** ويضم قيمة العروض قال في النهاية حاصل مسائل الضم ان عروض التجارة تضم بعضها الى بعض بالقيمة وان اختلفت اجناسها وكذلك تضم الى النقدين بلا خلاف والسوائم المختلفة الجنس كالابل والبقر والغنم لا يضم بعضها الى بعض بالاجماع **وقوله** لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة يعني ان سبب وجوب الزكوة ملك النصاب النامي

للنماء اما بالاسامة او بالتجارة وليس كلامنا في الاولى فتعين الثانية **وقوله** وان افترقت جهة الاعداد يعني ان الافتراق في الجهة كون الاعداد من جهة العباد لاعدادها للتجارة وفي النقدين من جهة الله لخلقة الذهب والفضة للتجارة لا يكون مانعا عن الضم بعد حصول ما هو الاصل وهو النماء ويضم الذهب الى الفضة عندنا للمجانسة من حيث الثمنية لما دكل واحد من الذهب والفضة سبب الوجوب الزكوة فكان بهذا الوجه مشتركا بينهما فوجب الضم ثم اختلف الضم ثم اختلف علماؤنا في ذلك فعند ابي حنيفة يضم بالقيمة وعندهما يضم بالاجزاء ثم وهو رواية عنه وفائدته تظهر فيمن كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب ويبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما واذا كانت عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم او من احدهما ثلث ومن الآخر ثلثان او ربع وثلثة ارباع فانه يضم بلا خلاف عندهم ودليلهما على ما ذكر في الكتاب واضح وهو يقول انما وجب الضم بالمجانسة وهي انما يتحقق بالقيمة دون الصورة واعتبار الاجزاء اعتبار الصورة ومسئلة الحلي ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها ضم شيء الى شيء آخر حتى تعتبر القيمة فان القيمة في النقود انما يظهر شرعا عند مقابلة احدهما بالآخر وههنا ليس كذلك

باب فيمن يمر على العاشر

الحق هذا الباب بكتاب الزكوة اتباعا للمبسوط وشرح الجامع الصغير لمناسبة وهي ان العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكوة بعينها الا ان هذا العاشر كما يأخذ من المسلم يأخذ من الذمي والمستأمن وليس المأخوذ منهما زكوة فقدم الزكوة على هذا الباب وعلى ما بعده لكونها عبادة محضة لا شائبة فيها للغير والعاشر مشتق من عشرت القوم اذا اخذت عشر اموالهم فهو تسمية الشيء باعتبار بعض احواله اذ هو ياخذ العشر من الحربي لا من المسلم والذمي على ما سيجيء **وقوله** اذا مر على العاشر بمال اي من الاموال الباطنة وانما قيدنا بذلك لان الاموال الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر فيها الى مرور صاحب المال عليه في ثبوت ولاية الاخذ فانه يأخذ عشر الاموال الظاهرة منه وان لم يمر صاحب المال عليه واما في الاموال الباطنة فان الاداء لصاحب المال لكونها غير محتاجة الى الحماية لبطونها فاذا اخرجها الى الفيافي احتاجت اليها فصارت كالسوائم فاذا مر العاشر بمال مما ذكرنا **وقال** اصبته منذ اشهر يعني لم يحل عليه الحول ولم يكن في بيته مال آخر من جنس هذا المال حال عليه الحول فانه لو كان لم يصدق لان الحول ليس بشرط في المستفاد من الجنس او قال على دين يعني دينا مستغرقا له مطالب من جهة العباد وحلف على ذلك صدق وفي فرض العاشر بقوله من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار ونوقض بانه يأخذ من الكافر وليس المأخوذ منه صدقة واجيب بان الاصل في نصبه اخذ الصدقات لان فيه اعانة المسلم على اداء العبادة وما عداها تابع لا يحتاج الى تخصيص بالذكر **قوله** فمن انكر تمام الحول يعني بقوله اصبته منذ اشهر او الفراغ من الدين بقوله على دين كان منكرا للوجوب والقول قول مع يمينه وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله منذ اشهر لا يدل على ما دون الحول فكيف عبر عنه بقوله فمن انكر تمام الحول والثاني ان الزكوة عبادة خالصة فكانت بمنزلة الصوم والصلوة ولا يشترط للتصديق فيهما التحليف واجيب عن الاول ان الاشهر تقع على العشرة فما دونها لكونها جمع قلة والاصل في الكلام الحقيقة وعن الثاني بانها وان كانت عبادة لكن تعلق بها حق العاشر في الاخذ وحق الفقراء في الانتفاع به فالعاشر يدعي عليه معنى لو اقر به لزمه فيستحلف لرجاء النكول كما في سائر الدعاوى بخلاف الصوم والصلوة فانه لم يتعلق بها حق العبد ولا يلزم حد القذف

لا يستحلف فيه اذا انكر ما يتعلق بحق العبد لان القضاء بالنكول في الحدود لا يجوز وكذا اذا قال ادّيت الى عاشر آخر ظاهر **قوله** ثم قيل الزكوة هو الاول بناء على الاصحاب من الطرفين في جواز المسئلة انه اذا كان سائمة قاضيها فالذي يقيا فيما بينه وبين الله والثاني انه لا يبرأ من اختار الطريق الاول قال الزكوة هو الاول كالوضوء على الشيء بكان ماله فادّى صاحب المال زكوته وقع زكوة والثاني سياسة مالية وجزء التبرع من الانعام كما ليس اليه ومن اختار الثاني قال الزكوة هو الثاني والاول ينقلب نفلاً كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى الى الجمعة فادّاها وهو الذي اختاره المص وقال هو الصحيح احترازاً عن القول الاول ووجه الصحة انه لما ثبت ولاية الاخذ للسلطان شرعاً في الاموال الظاهرة كان اداء رب المال فرضاً لغواً كما اذا ادى الى الفقراء بنفسه **وقوله** لم يشترط اخراج البراءة اي العلامة وهي اسم لخط الابراء من الدين والعيب والجمع برآآت والبروات عامي كذا في المغرب **قوله** فيحلفا ابرازاً اي اظهار العلامة وهي اسم لخط الابراء برأ من الدين والعيب براءة ثم لمن ادى على آخر تخته او قطعها فانه يجب عليه ابراز علامتها وجه الاول وهو رواية الجامع ان الخط يشبه الخط فلا يمكن جعله حكماً فلم يعتبر علامة قال في المبسوط والجامع الصغير للامام التمرتاشي وهو الصحيح ثم على قول من يقول باشتراط العلامة بل يشترطها اليمين قال الامام التمرتاشي انه لم يحلف اليمين عند ابي حنيفة ويحلف عندهما فيبلغ كلام المص نظر وعنايته قال ثم فيما يصدق من السوائم واموال التجارة ولا شك ان السوائم يصدق في ثلثة فصول وفي اموال التجارة في اربعة كما تقدم فينبغي ان يشترط اخراج البراءة في الجميع ولا يتصور ذلك فيما اذا قال على دين لعاصيته منذ اشهر او اديتها الى الفقراء في المصر فانما يتصور ذلك في صورة واحدة وهو ان يقول اديته الى عاشر آخر في تلك السنة عاشر آخر اجيب بانه ذكر العام واراد الخاص اي الصورة المذكورة مجازاً **قوله** فيراعى تلك الشرايط تحقيقاً للتضعيف يعني ان تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان المضعف على اوصاف المضعف عليه والا لكان تبديلاً لا تضعيفاً **قوله** ولا يصدق الحربي في شيء من الفصول كلها الا في الجواري يقول هن امهات اولادي او غلمان معه يقول هم اولادي لان الاخذ منهم بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج اليها فانما لم يصدق في شيء من الفصول لعدم الفائدة فيه لانه لو قال لم يتم الحول على اي شيء لا يعتبر الحول لان اعتبار الحول لتمام الحماية ليحصل الحماية وتم بنفس الامان اذ لو لم يكن الامان صار مستباحاً مع امواله ولو قال على دين فالدين الذي وجبت عليه في دار الحرب لا يطالب به في دارنا وان قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا امان وان قال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لانه لا يتكلف للنقل الى غير داره ما لم يكن لها وان قال اديتها الى عاشر آخر لم يلتفت اليه لان المأخوذ منه جزء وقد وجبت بنفس الامان كما مرّ آنفاً ولو قال ادّيتها انا كذّبه اعتقاده غير ان اقراره بنسب من في يده صحيح لان كونه حربياً لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الاسلام يثبت في دار الحرب وبه يخرج من ان يكون مالاً وما لا يكون الا مالاً المراد به **قال** ويؤخذ من المسلم ربع العشر وروى الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي ان عمر بن الخطاب نصب العشّار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف فكان اجماعاً والمعنى الفقهي فيه ما قيل انا نأخذ من المسلم ربع العشر لقوله لهم هاتوا ربع عشر اموالكم من كل اربعين درهماً درهم وانما ثبت ولاية الاخذ لحاجته الى الحماية وحاجة الذمي الى الحماية اكثر لان طمع اللصوص في اموال اهل الذمة اوفر فيأخذ منه ضعف ما يأخذ

من المسلم كما في صدقات بني تغلب ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي من المسلم الا ترى ان شهادة اهل الحرب على اهل الذمة فيما يأخذ منه ضعف ما يأخذ من المسلم غير مقبولة كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم وشهادة اهل الذمة على اهل الحرب ولهم مقبولة كشهادة المسلم على الذمي ثم الذمي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فكذا الحربي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من الذمي تبديلاً لا تضعيفاً وان مر حربي بخمسين درهماً لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة الى ما اشار عمر لما سئل حين نصب العشار فقيل له كم نأخذ مما مر بنا الحربي فقال كم يأخذون منا فقالوا العشر فقال خذوا منهم العشر ولسنا نعني بقولنا بطريق المجازاة ان اخذنا بمقابلة اخذهم اموالنا فان اخذهم اموالنا ظلم واخذنا اموالهم حق ولكن المعنى انه اذا عاملناهم بمثل ما يعاملوننا كان ذلك اقرب الى مقصود الامان واتصال التجارات لا يقال في كلام المص تناف لانه قال قبيل هذا لان الاخذ منهم بطريق الحماية وقال ههنا لان الاخذ منهم بطريق المجازاة واذا كان الاخذ معلولاً لاحدهما لا يكون معلولاً لغيره لئلا يتوارد علتان على معلول واحد بالشخص لانا نقول الاخذ منهم معلول بالحماية واما المقدار المعين وهو العشر فمعلول المجازاة ولا تنافي في ذلك **قوله** بخلاف المسلم والذمي **وقوله** فان اعياكم فالعشر تقول عييت بامري اذا لم تهتد لوجهه واعياني هو وقيل هو مأخوذ من العي وهو الجهل فان اعياكم اي جهلكم يعني اذا اشتبه الحال بان لم يعلم العاشر بما يأخذون من تجارنا نأخذ منه العشر **قوله** لا نغدر اي لو توهم بعد الحماية فالغدر حرام قال صلى الله عليه وسلم وفاء لا غدر وهو قول بعض المشايخ وقال بعضهم يؤخذ منه جميع ما في يده الاقدر ما يبلغه مأمنه لانا مأمورون بتبليغه الى مأمنه لقوله تعالى ثم ابلغه مأمنه وقال بعضهم يؤخذ منه الكل لان الاخذ بطريق المجازاة فيجازيهم بمثل صنيعهم ليتنزجروا **وقوله** وان مر الحربي على عاشر الخ حاصله ان العشر انما يتكرر فيما يمر به بكمال الحول او بتجدد العهد بالرجوع الى دار الحرب ثم بالمرور على العاشر وان كان في يومه ذلك فاذا لم يوجد منهما شيء لم يعشر ثانياً لما روي ان نصرانياً مر بفرس له على عاشر عمر فعشره ثم مر به ثانياً فهمّ ان يعشر فقال النصراني كلما مررت بك عشرتني اذا تذهب فرسي كله فترك الفرس عنده وذهب الى عمر فلما دخل المدينة اتى المسجد فوضع يده على عتبة الباب فقال يا امير المؤمنين انا الشيخ النصراني فقال امير المؤمنين انا الشيخ الحنيفي فقص النصراني القصة فقال عمر اتاك الغوث فنكس رأسه ورجع الى ما كان فيه فظن النصراني انه استخف بطلامته فرجع كالخائب فلما انتهى الى فرسه وجد كتاب عمر قد سبقه انك ان اخذت مرة فلا تأخذ مرة اخرى فقال النصراني ان ديناً يكون العدل فيه بهذه الصفة لحقيق ان يكون حقاً فاسلم فان قيل كلام المص متناقض لانه قال حتى يحول الحول ثم قال لا يمكن من المقام الا حولاً فالمراد به الاقرب من الحول لانه لا يمكن من الاقامة حولاً كاملاً اجيب بان مراده بقوله حتى يحول الحول اذا لم يعلم الامام بحاله حتى يحول الحول فانه يأخذ ثانياً **قال** فان مر ذمي بخمر وخنزير عشر الخمر دون الخنزير اذا مر الذمي على العاشر بخمر او خنزير بنية التجارة وبلغ القيمة نصاباً في قدرهم ضيف ابعة اقوال كما ذكر في الكتاب وانما فسّر بقوله اي من قيمتها احترازاً عن قول مسروق فانه يقول يعشر عينها وعينا الظاهر مما فيهم فان التابعين فيهم منه انه يعشر عينها الخمر والمسلم ممنوع عن الخمر اقتناءها ثم الشافعي مر على اصله بانه لا مالية ولا قيمة لواحد منهما حتى لو اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره لم يضمن عنده وفرّق ابو يوسف بينهما لاستوائهما في المالية عندهم فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي ضمنه كما لو اتلف خمره وابو يوسف اعتبر الخنزير

فجعل الخنزير تابعا للخمر لان الخمر اقرب الى المالية بواسطة التخليل وقد يكون يثبت الحكم تبعا وان لم يثبت مقصودا
ووجه الفرق على ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب من الوجهين وهو ظاهر وقد اعترض على كل واحد منهما اما على
الاول فبانه منقوض بما ذكر في الشفعة من هذا الكتاب فقال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها
ذمي الى ان قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير فلو كانت لقيمة الخنزير حكم لما اخذ بقيمته كما لا
ياخذها بعينه وبمسئلة الغصب والاتلاف فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي يضمن قيمته فلو كان لها حكم
العين لما ضمنها غيره واما على الثاني بان المسلم او الذمي اذا غصب خنزير ذمي وتحاكما الى القاضي يامره
القاضي بالرد والتسليم وذلك للحماية له واجيب عن الاول بان قيمة ذوات القيم بمنزلة عينها من وجه دون
وجه لانها ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة وبمنزلتها من حيث ان الاداء لا يكون الا بالتعيين ولا تعيين
الا بالتقويم فاخذت القيمة حكم العين من هذا الوجه ولهذا اذا تزوج الذمي امراة على خنزير بعينه
ثم اتاها بالقيمة اجبرت على قبولها كما لو اتاها بعينه فلما دارت القيمة بين ان تكون بمنزلة العين وبين ان
لا يكون اعطيت حكم العين في حق الاخذ والحيازة وهو في باب الزكوة ولم تعط في حق الاعطاء لانه
موضع ازالة وتبعيد وهو في باب الشفعة والاتلاف ونوقض بذمي اخذ قيمة خنزير له استهلكه ذمي وقضى
بها دينا لمسلم عليه فانه جائز ولو كان اخذ القيمة كاخذ العين لما جاز القضاء واجيب بانه لما قضى
بها دينا عليه وقعت المعاوضة بينه وبين صاحب الدين وعند ذلك يختلف السبب واختلاف الاسباب نزل
منزلة اختلاف الاعيان على ما عرف وعن الثاني بان المراد من ليس له ولاية حماية خنزير نفسه ليس له
حماية خنزير غيره لغرض يستوفيه والعاشر انما حماه لذلك بخلاف القاضي قوله ولو مر صبي او امراة
ظاهر قوله ومن مر على العاشر بمائة يعني سواء كان مسلما او ذميا قوله لانه غير ماذون باداء
يعني هو ماذون بالتجارة فقط فلو اخذ اخذ غير الزكوة وليس له اخذ شيء سوى الزكوة قوله ولانه نائب
اي انما هو نائب في التجارة لا غير والنائب يقتضي ولاية على ما فوض اليه وكان بمنزلة المستبضع قوله ولو
عبد ماذون له يامر قدر بهم ظاهر والصحيح ان الرجوع في المضارب رجوع في العبد الماذون كذا قال الامام
فخر الاسلام وصاحب الايضاح قوله الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله فانه لا يؤخذ منه سواء كان
معه مولاه او لم يكن لانعدام الملك يعني عند ابي حنيفة رح او للشغل اي عندهما فان الشغل بالدين
مانع عن وجوب الزكوة قوله ومن مر على عاشر الخوارج واضح

باب في المعدن والركاز

اخر باب المعدن عن العاشر لان العشر اكثر وجودا والمال المستخرج من الارض له اسامي ثلثة الكنز والمعدن
والركاز والكنز اسم لما دفنه بنو آدم والمعدن اسم للمال خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت الارض
والركاز اسم لهما جميعا والكنز ماخوذ من كنز المال كنزا جمعه والمعدن من عدن بالمكان اقام به والركاز
من ركز الرمح اي غرزه وعلى هذا جاز اطلاقه عليهما جميعا لان كل واحد منهما مركوز في الارض اي مثبت
وان اختلف الراكز وعلى كل واحد منهما بانفراده والمراد بالمذكور في لفظ الباب الكنز لمعنيين احدهما
ان هذا الباب يشتمل على بيان المعادن والكنوز على ما يجيء والثاني انه لو اريد به المعادن لزم التكرار لانه
يكون تقدير كلامه باب في المعادن والمعادن وان اريد به المعادن والكنز كان تقدير كلامه باب في المعادن
والمعادن والكنز قال معدن ذهب او فضة المستخرج من المعدن انواع ثلثة جامد يذوب وينطبع

او حديد او رصاص او صفر وجد في ارض خراج او عشر

كالذهب والفضة والحديد والرصاص وجامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ ومائع لا يتجمد
كالماء والقير والنفط ومسائل هذا الباب على خمسة عشر وجها لان الذهب والفضة الذي يوجد اما ان يكون
معدنا او كنزا وكل ذلك لا يخلو اما ان يوجد في حيز دار الاسلام او حيز دار الحرب وكل ذلك لا يخلو عن ثلثة
اوجه اما ان يوجد في مفازة لا مالك لها او في ارض مملوكة او دار والموجود كنزا لا يخلو عن ثلثة اوجه ايضا
اما ان يكون على ضرب اهل الاسلام او على ضرب اهل الجاهلية او اشتبه الحال ففي الاول وهو ما يذوب وينطبع
اذا وجد في ارض عشر او خراج الخمس عندنا وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه فكان هو
كذلك لا شيء عليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة ويجب فيه الزكوة وهو ربع العشر ولا
يشترط فيه الحول في قول لما ذكر انه نماء كله والحول للتنمية والنصاب عنده معتبر فلو كان دون المائتين
لا يجب شيء واما قال في جانبنا فنحن لا نشترط فيه الحول ولم يقل في جانبنا لان الشافعي قائل بالزكوة
فكان عليه ان يقول باشتراط الحول فنفيناه بما ذكرنا من الدليل ونحن نقول بالخمس والحول لا يشترط ولنا
قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس قال حين سئل عليه السلام عما يوجد في الخرب العادي وعطف على المسؤل عنه
فقال فيه وفي الركاز الخمس عطف على المدفون وذلك يدل على ان المراد بالركاز المعدن فانه من الركز وهو يطلق
على المعدن ايضا كما تقدم ولانها اي الارض كانت في ايدي الكفرة وحويناها ايدينا وهو واضح وكما كان
كذلك كان غنيمة وهو ايضا واضح وفي الغنيمة الخمس قوله بخلاف الصيد جواب عن قوله كالصيد فان
قيل لو كان غنيمة لكان الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل واربعة للاخماس للغانمين وليس كذلك
اجيب بقوله الا ان للغانمين يدا حكمية وتحقيقه ان الغانمين انما يستحقون اربعة الاخماس اذا حوت ايديهم
حقيقة وحكما وههنا يدهم حكمية لانه لما ثبت ايديهم على ظاهر الارض حقيقة ثبت على باطنها حكما واما الحقيقة
فللواجد فكان في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقة في اربعة الاخماس
حتى كان للواجد مسلما كان او ذميا حرا كان او عبدا صبيا او بالغا رجلا او امراة لان استحقاق
هذا المال كاستحقاق الغنيمة وبجميع من ذكرنا حق في الغنيمة اما سهما او رضخا فان الصبي والمراة والعبد
والذمي يرضخ لهم اذا قاتلوا على ما سيجيء بخلاف الحربي فانه لا حظ له في الغنيمة وان قاتل باذن الامام
فاذا وجد شيئا من الركاز يؤخذ منه الكل فان قيل روى ان عبدا وجد جرة من ذهب على عهد عمر فادى
ثمنه واعتقه وجعل ما بقي لبيت المال اجيب بانه كان وجدها في دار رجل صاحب خطة مات ولم يترك
وارثا فصرفه الى بيت المال وراى المصلحة في ان يعطي ثمنه من بيت المال ليوصله الى العتق قال في التحفة
ويجوز للواجد ان يصرف الخمس الى نفسه ان كان محتاجا لا يغنيه اربعة الاخماس وهو حق وذكر صاحب النهاية
ما يشير الى خلاف ذلك قال ولو وجد في داره اذا وجد الانسان في داره معدنا فليس فيه
شيء عند ابي حنيفة رح وقالا فيه الخمس لهما اطلاق قوله عليه السلام في الركاز الخمس من غير فصل بين الارض والدار
ودليل ابي حنيفة رح ظاهر واعترض بانه لو كان من اجزائها جاز التيمم به ولم يجز بالاجماع واجيب بان
التيمم يجوز بما هو من جنسها لا من اجزائها خلقة وهذا ليس من جنسها والجواب عن الحديث ان الامام لما
خصه بهذه الدار فكانه نفلها وللامام هذه الولاية وان وجد في ارضه فعن ابي حنيفة رح روايتان
رواية الاصل لا شيء فيه كما في الدار وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس والفرق ما ذكره في الكتاب قال

ووجه الفرق على احدهما وهو رواية الجامع الصغير
ان الدار ركبت خالية عن المؤن دون الارض
ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار
فكذا هذه المؤنة

وان وجد ركازا اى كنزا انما قيد بهذا لان الركاز اسم مشترك يطلق على المعدن والكنز وقد فرغ من بيان المعدن فيراد به الكنز
لان المعدن لان ابا حنيفة رح لا يقول بوجوبه فى الدار كما ذكرنا قوله لما روينا اشارة الى قوله وفى الركاز الخمس
فان قيل فما استدل به على وجوب الخمس فى المعدن فاسد لانه استعمال اللفظ المشترك فى مدلوليه وانما هو من
باب العموم المعنوى ولا امتناع فى ذلك وبهذا سقط ما قيل كان من حقه ان يقول لسياق ما رويناه وهو قوله عليه السلام
فيه وفى الركاز الخمس والمراد منه هنا الكنز فكان ذكر الكنز مقصودا وكان التمسك به اولى كما تمسك به فى المبسوط
او دلالة الركاز على ما ادعى اقوى من الكنز بسبب دلالة الركاز على الاثبات لا غير وهو اسم مشترك قد يدل على الكنز
وقد يدل على المعدن فكان محتملا كالنص واما ارادة الكنز بسياق الحديث وهو ما تمسك به فى المبسوط فبدليل
غير محتمل فكان مفسرا فالتمسك به اولى وذلك لانه استدلال بالعام على ما قررنا لا بالمشترك والعام والخاص
فى ايجاب الحكم سواء ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليها كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة يعرفها حيث
وجدها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما يجى وان كان على ضرب اهل الجاهلية
كالمنقوش عليها الصنم ففيه الخمس على كل حال اى سواء كان الموجود ذهبا او فضة او رصاصا او غيرها وسواء
كان الواجد صغيرا او بالغا حرا او عبدا او مسلما او ذميا الا اذا كان حربيا مستأمنا كما ذكرنا وقوله
لما بينا يعنى من النص والمعقول ثم ان وجده فى ارض مباحة يعنى الذى هو على ضرب الجاهلية فان الذى يكون منه
الى الاسلام يلحق باللقطة فلا يتاتى فيه هذا التفريع وهو ان يكون اربعة اخماسه للواجد قوله لانه تم الاحراز
اذ لا علم للغانمين اشارة الى ما ذكرنا ان للغانمين يدا حكمية وللواجد يدا حقيقية فيكون فيه الخمس والباقى
للواجد وان وجده اى هذا الكنز المذكور فى ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابى يوسف اى الخمس للفقراء والاربعة
اخماسه للواجد كما كان او غيرها لك لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهى منه لان المختط له ما حازها فى
الباطن وعند ابى حنيفة رح ومحمد هو للمختط له وهو الذى ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لسبق يده اليه فان قيل
يد المختط له وان كانت سابقة لكنها يد حكمية وبها لا يملك كما فى الغانمين اجاب بقوله وهى يد الخصوص فى
ان اليد الحكمية انما لا يثبت بها الملك اذا كانت يد عموم كما فى الغانمين اما اذا كانت يد خصوص فيملك بها ما
فى الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة فى بطنها درة ملك الدرة وتمامه يدل بهذا ان تعرض الغانمين
بعد القسمة نافذ وقبلها لا وما ثم الا عموم اليد وخصوصها فان قيل سلمنا ان المختط له قد ملك لكن باع الارض
فخرج الكنز عن ملكه كما لو كان فيها معدن اجاب بانه اى الكنز لم يخرج عن ملكه ببيع الارض لانه مودع فيها كما انه
اذا باع السمكة لم يخرج بيعها الدرة عن ملكه بخلاف المعدن فانه من اجزائها فينتقل الى المشترى وان لم يعرف
المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف له فى الاسلام على ما قالوا وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وقال ابو اليسر
يوضع فى بيت المال قوله ولو اشتبه الضرب فهو جاهلى فى ظاهر المذهب قال ومن دخل دار الحرب بامان فوجد فى دار
بعضهم ركازا سواء كان معدنا او كنزا رده عليهم تحرزا عن الغدر قال صلى الله عليه وسلم فى العهود وفاء
لا غدر لان ما فى الدار فى يد صاحبها خصوصا وان وجده فى الصحراء اى التى هى حيز دار الحرب وليست بملوكة
لاحد فهو له لانه ليس فى يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شئ فيه اى لا خمس فيه لان الخمس انما يجب فيما يكون
فى معنى الغنيمة وهى ما كان فى يد اهل الحرب ووقع فى ايدى المسلمين بايجاف الخيل وهذا ليس كذلك لانه
بمنزلة المتلصص فى دار الحرب اذا اخذ شيئا من اموالهم واحرزه بدار الاسلام فان قيل المستأمن منا فى

داهم اذا وجد فى ارض ليست بمملوكة ركازا فهو له والمستأمن منهم فى دارنا لو وجد شيئا من ذلك فى الصحراء لا حق
له فيه ويؤخذ منه كله فما الفرق بينهما اجيب بان الفرق بان دار الاسلام دار احكام فيعتبر اليد الحكمية فيها على
الموجود ودار الحرب ليس كذلك فالمعتبر فيها اليد الحقيقية والفرض عدمها وقوله وليس فى الفيروزج الذى يوجد
فى الجبال هو النوع الثانى من المستخرج من المعادن وكذلك الجص والكحل والزرنيخ والياقوت وغيرها وقيد
بقوله يوجد فى الجبال احترازا عما يوجد منه وما ذكر بعده من الزيبق واللؤلؤ فى خزائن الكفار فاصيب فانه
فانه فيها الخمس بالاتفاق وقوله عليه السلام لا خمس فى الحجر معلوم انه لم يرد به ما كان للتجارة وانما اراد ما يستخرج
من معدنه فكان هذا اصلا فى كل ما هو بمعناه قوله وفى الزيبق الخمس قيل هو فارسى معرب ضبطه
ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمزة والمراد به ما يصاب فى معدنه كما ذكرنا انفا حكى عن ابى يوسف ان ابا حنيفة
كان يقول اولا لا شئ فيه وكنت اقول فيه الخمس فلم ازل اناظره واقول انه كالرصاص حتى قال فيه الخمس ثم رايت
ان لا شئ فيه فصار الحاصل انه على قول ابى حنيفة الاخر وهو قول ابى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهم الله فيه الخمس
وعلى قول ابى يوسف الاخر وهو قول ابى حنيفة الاول لا شئ فيه قال لانه بمنزلة القير والنفط يعنى هو من جملة
المياه ولا خمس فى الماء وقالا هو يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فانها لا
ينطبع ما لم يخالطها شئ وهذا هو النوع الثالث مما ذكرنا فى اول هذا الباب ولا خمس فى العنبر واللؤلؤ عند ابى
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفى كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضى الله عنه اخذ الخمس من العنبر وروى
يعلى بن امية كتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنهما يسأله عن عنبرة وجدت على الساحل فكتب اليه فى جوابه انه
مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس قال صاحب النهاية هذا الذى ذكره يصلح حجة فى العنبر لا فى اللؤلؤ
وذكر فى الفوائد الظهيرية ان السؤال عن عمر كان عنهما جميعا فانه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر
قال فيهما الخمس ما قوله الذى يظهر من كلام المصنف انه اراد به الاستدلال على اللؤلؤ بالدلالة لانه قال وفى
كل حلية تخرج من البحر واستدل على المجموع بالعنبر لانه يخرج من البحر وفيه الخمس فكذا كل ما يستخرج منه دفعا للتحكم
ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر ومعناه ان الخمس انما يجب فيما كان فى ايدى الكفرة وقد وقع بايدى المسلمين
بايجاف الخيل والركاب والعنبر ليس كذلك لانه لم يكن فى يد احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره وعن هذا قالوا لو وجد
الذهب والفضة فى قعر البحر لم يجب فيه شئ قوله والمروى عن عمر جواب عن الاستدلال بحمله ووجهه انه كان
فيما دسره البحر اى دفعه وقذفه وبه اى بوجوب الخمس فى العنبر الذى دسره البحر نقول ومراده ما دسر البحر الذى
فى دار الحرب فوجده الجيش على ساحله فانه غنيمة يجب فيها الخمس وانما قلنا ذلك لانه روى عن ابن عباس
رضى الله عنهما انه قال فى العنبر انه شئ دسره البحر فلا شئ فيه فيحمل على اختلاف الحالتين اما على بحر دار الاسلام وا
على انه اخذه واحد من المسلمين فى بحر دار الحرب لانه بمنزلة المتلصص ولا خمس فيهما وقوله متاع وجد ركازا
اى حال كونه ركازا والمراد بالمتاع ما يتمتع به فى البيت من الرصاص والنحاس وغيرهما وقيل المراد الثياب
لانه يستمتع بها وذكر هذا لبيان ان وجوب الخمس لا تفاوت فيما بين ان يكون ركازا من النقدين او غيرهما
وكلامه واضح باب زكوة الزروع والثمار سمى العشر زكوة كما
سماه المصدق فيما تقدم ما ثم مجازا وتاخير العشر عن الزكوة لانها عبادة محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة
والعبادات الخالصة متقدمة على غيرها وقال ابو حنيفة رح فى كل ما اخرجت الارض وجميع به النماء قليلا كان

او كثيرًا رطبًا كان او يابسًا يبقى من سنة الى سنة او لا وسق او لا سقى سيحًا اى بمآءٍ جارٍ او سقته السمآء اى المطر العشر الا الحطب والقصب والحشيش والتبن والسعف وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية تبقى من سنة الى سنة اذا بلغ خمسة اوسق كل وسق ستون صاعًا بصاع رسول الله عليه السلام قيد بالثمرة وهى اسم لشئ من اصل وقيد بالباقية احترازًا عن غيرها وحد البقآء ان تبقى سنة فى الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة والشعير والذرة وغيرها دون الخوخ والتفاح والسفرجل ونحوها وقيد ببلوغ خمسة اوسق احترازًا عما اذا كان دونها والوسق ستون صاعًا بصاع رسول الله عليه السلام فخمسة اوسق الف ومائتا من لان كل صاع اربعة امنآء قال شمس الائمة الحلوانى هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة الوسق ثلثمائة من وليس فى الخضروات كالبقول والبقول عشر عندهما لان البقول ليست بثمرة والفواكه لا بقآء لها سنة الا بمعالجة كثيرة فالخلاف فى موضعين فى اشتراط النصاب وفى اشتراط البقآء ولهما فى الاول اى فى اشتراط النصاب قوله صلعم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة اى عشر لان زكوة التجارة تجب فيما دون خمسة اوسق اذا بلغت مائتى درهم ولانه صدقة بدليل تعلقه بنمآء الارض وعدم وجوبه على الكافر وصرفه الى مصرف الصدقات وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغنآء ولابى حنيفة رح قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهمًا فيكون قيمة خمسة اوسق مائتى درهم وهى نصاب الزكوة فيكون العشر فيه معنى العبادة كما ذكرتم فيكون لها فيه عفو ونصاب قياسًا على الزكوة والجواب انه فاسد لانه قياس ما فيه معنى العبادة مع كونه منصوصًا عليه على العبادة المحضة وهو ظاهر الفساد قوله ولا معتبر بالمالك فيه اى فى العشر جواب عن قولهما فيشترط النصاب يعنى ان الغنآء صفة المالك والمالك فى باب العشر غير معتبر حتى يجب فى ارض المكاتب والصبى والمجنون وللارض الموقوفة على الرباطات فكيف بصفته وهى الغنآء ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنمآء وهو كله نمآء ولهما فى الثانى قوله عليه السلام ليس فى الخضروات صدقة ووجه الاستدلال انه عليه السلام نفى الصدقة عن الخضروات وليس الزكوة منفية بالاتفاق فتعين العشر وله ما رويناه يعنى قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر ومرويهما وهو ليس فى الخضروات صدقة محمول على صدقة ياخذها العاشر يعنى اذا مر على العاشر واراد العاشر ان ياخذ من عينها لاجل الفقرآء عند ابآء المالك عن دفع القيمة لا ياخذ وبراى بهذا المروى اخذ ابو حنيفة رح فى حق هذا المحمل الذى حملناه عليه وانما قلنا لاجل الفقرآء لانه لو اخذ من عينها ليصرف الى عمالته جاز وانما قلنا عند ابآء المالك عن دفع القيمة لانه اذا اعطى القيمة لا كلام فى جواز اخذه وهذا لان الاخذ بحث نظر للفقرآء ولا نظر ههنا لان العاشر فى الاغلب يكون نائيًا عن البلد ولا يجد فقيرًا ثمه يصرفها اليه فيحتاج الى ان يبعث بها الى البلد وربما يفسد قبل الوصول الى الفقرآء فيؤدى الى الضرر فلا ياخذ بل يؤدى به غيره والذى يقطع عن المادة ان العام المتفق عليه اولى فى بعض موجبه اولى من الخاص المختلف فيه وقد اتفقنا على العمل بما رواه ابو حنيفة رح فى مقدار خمسة اوسق ولم يعمل بما رواه ابو حنيفة رح وانما حمله على محمل آخر وعمل به فيه وابو حنيفة رح اخذ هذا الاصل من عمر بن الخطاب رض فانه عمل بالعام المتفق عليه حين اراد اجلاء بنى النضير وهو قوله عليه السلام لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب واجلاهم ولم يلتفت الى ما اعترضوا به عليه من قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون كذا افاده شيخى عن شيخ شيخه رحمهم الله قوله ولان الارض قد تستنمى بما ليس بمحصول على عادة وتقرير السبب هو الارض النامية والارض النامية قد تستنمى بما لا يبقى فلزم ان يجب

العشر

العشر فيما لا يبقى لكانه قد وجد السبب والخارج بلا شك وذلك اخلاء السبب عن الحكم فى موضع يحتاج فيه اثبات ذلك الحكم وهو لا يجوز ولهذا يجب فيه اى فيما لا يبقى من الخارج كالخضروات او فى الارض النامية بالخارج الذى لا يبقى على تاويل المكان قوله اما الحطب بيان لما استثناه ابو حنيفة مما اخرجته الارض قوله فى الجنان اى فى البساتين وبيانه ان الحطب والقصب والحشيش ونحوها مما لا يستنمى به الارض لا عشر فيها لان سبب وجوب العشر الارض النامية وهذه الاشيآء تنقى عنها لانها اذا غلبت على الارض البساتين افسدتها فلا يحصل بها النمآء حتى لو اتخذ الارض مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش واراد به الاستنمآء بقطع ذلك وبيعه كان فيها العشر قوله والمراد بالمذكور القصب الفارسى القصب كل نبات كان ساقه انابيب وكعوبا والكعب العقدة والانبوب ما بين الكعبين وانواع القصب الفارسى وهو ما يتخذ منه الاقلام وقصب الذريرة وهو نوع منه متقارب العقد وانبوبه مملو من مثل نسج العنكبوت وفى مضغه حرافة ومسحوقه عطر يوجد فى بعض الهند واجوده الياقوتى اللون وقصب السكر والمستثنى منها القصب الفارسى واما الاخران واما الاخران ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف وهو ورق الجريد الذى يتخذ منه المراوح والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما فان قيل ينبغى ان يجب العشر فى التبن لانه كان واجبا وقت كون الزرع قصيلا والتبن هو القصيل ذاتا الا انه زادت فيه اليبوسة وبها لا يتغير الواجب اجيب بانه لا يجب العشر فى التبن لان العشر كان واجبا قبل ادراك الزرع فى الساق حتى لو فصله وجب العشر فى القصيل فاذا ادرك تحول العشر من الساق الى الحب كما تحول الخراج من التمكن عند التعطيل الى الخارج عند الخروج قوله وما سقى بغرب ودالية الغرب الدلو العظيم والدالية المنجنون يديرها البقر وذكر فى المغرب ان الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز فى رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية الناقة التى يستقى عليها قوله ففيه نصف العشر على القولين اى على حسب اختلاف قول ابى حنيفة وقول ابى يوسف ومحمد يجب عنده نصف العشر من غير شرط النصاب والبقآء وعندهما ايضا يجب نصف العشر لكن بشرط النصاب والبقآء كما بينا وما ذكر من الدليل ظاهر قال شمس الائمة السرخسى علل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السمآء وبكثرتها فيما سقى بغرب او دالية وهذا ليس بقوى فان الشرع اوجب الخمس فى الغنايم والمؤنة فيها اكثر منها فى الزراعة ولكن هذا تقدير شرعى نتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليها قوله وان سقى سيحا وبدالية والنضح واما عطف الدالية بالبآء لان النضح اسم للمآء دون الدالية فان الدالية آلة الاستقآء فلا يصح ان يقال سقى دالية لان الدالية غير سقية بل هى آلة السقى كذا فى النهاية قوله قال ابو يوسف قيل انما ابتدأ بقول ابى يوسف لانه لا يرد الاشكال على قول ابى حنيفة فانه يقول بالعشر فى القليل والكثير وهما اثبتا الحكم على وجه منصوصهما فى المنصوص عليه وهو ما يدخل تحت الوسق فيحتاج الى البيان فيما لا يوسق قوله لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به نوعه لانه يقدر اولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق اقصى ما يقدر به وفى الزعفران المن لانه يقدر اولا بالسنجات ثم بالاساتير ثم بالمن قوله وفى العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقيد بارض العشر لانه اذا اخذ من ارض الخراج فلا شئ فيه لا عشر ولا خراج لما بينا قوله فاشبه الابريسم يعنى الذى يكون من دود القز ولنا قوله عليه السلام يعنى ما رواه الترمذى عن ابى هريرة ان رسول الله عليه السلام كتب الى اهل اليمن بان فى العسل العشر لان النحل يتناول من الانوار

قال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات وفيهما العشر وكذا فيما يتولد منهما قوله ثم عند ابي حنيفة ظاهر وقوله الحديث بني
شبابة وفي بعض النسخ بني سيابة وهو ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ان بني سيابة قوم من خثعم وقال في المغرب
من خثعم كانت لهم نخل عسل يؤدون الى رسول الله عليه السلام من كل عشر قرب قربة فكان يحمي لهم واديهم فلما كان
في زمن عمر رضي استعمل عليهم سفيان بن عبد الله الثقفي فابوا ان يعطوه شيئا فكتب في ذلك الى عمر رضي ان النحل
ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من يشاء فان ادوا اليك ما كانوا يؤدونه الى رسول الله عليه السلام فاحم لهم واديهم
والا فخل بينها وبين الناس فدفعوا اليه العشر والقربة خمسون رطلا قوله كل فرق ستة وثلثون رطلا الفرق
بفتحتين اناء يأخذ ستة عشر رطلا وذلك ثلثة اصوع نقله صاحب المغرب في التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد
وقال الازهري والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك وفي الصحاح الفرق مكيال معروف بالمدينة
وهو ستة عشر رطلا وقال وقد تحرك ثم قال المطرزي قلت وفي نوادر هشام عن محمد الفرق ستة وثلثون
رطلا ولم اجد هذا فيما عندي من اصول اللغة وقوله وكذا في قصب السكر اي الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رح
في قصب السكر كما هو في القطن والزعفران فيعتبر عند ابي يوسف رح بقيمة خمسة اوسق وعند محمد رح بخمسة
امناء وقوله وما يوجد في الجبال ظاهر قوله ان المقصود حاصل وهو الخارج يعني ولا معتبر بكون الارض
الارض غير مملوكة له لان العشر يجب على المستعير اذا زرع وان لم تكن الارض مملوكة له لما ان الخارج سلم له من غير
عوض فكذا هنا قال وكل شيء اخرجته الارض كل شيء اخرجته الارض مما فيه الواجب العشر عشرا
كان او نصفه لا يرفع المؤنة من العشر مثل اجر العمال والبقر وكرى الانهار وغير ذلك يعني لا يقال بعدم وجوب
العشر في قدر الخارج الذي يقابل المؤنة من حيث القيمة بل يجب العشر في كل الخارج ومن الناس من قال يجب
النظر الى قدر قيم المؤن من الخارج فيسلم ذلك له بلا عشر ثم يعشر الباقي لان قدر المؤن بمنزلة السالم له
بعوض كانه اشتراه الا ترى ان من زرع في ارض مغصوبة سلم من الخارج بقدر ما غرم من نقصان الارض
وطاب له كانه اشتراه ووجه قولنا ان النبي عم حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة لانه قال ما سقته السماء
ففيه العشر وما سقي بغرب ففيه نصف العشر فاذا كان كذلك لم يكن لرفعها معنى لان رفعها يستلزم عدم التفاوت
المنصوص عليه وهو باطل وبيانه ان الخارج فيما سقته السماء اذا كان عشرين قفيزا ففيه العشر قفيزان واذا
واذا كان الخارج فيما سقي بغرب اربعين قفيزا والمؤنة تساوي عشرين قفيزا واذا رفعت كان الواجب قفيزين
فلم يكن تفاوت بين ما سقته السماء وبين ما سقي بغرب والمنصوص خلافه فتبين ان ما سقي بغرب فيه نصف
العشر من غير اعتبار المؤنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح فليتأمل فان قيل كان من حق الكلام ان يقول مما فيه
العشر او نصف العشر من غير اعتبار المؤنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح فليتأمل لان الواجب احدهما
اي كما اشرنا اليه في صدر الكلام فكان العشر صادقا لذلك سواء كان عشرا لغويا او نصفه وقوله تغلبي
بكسر اللام منسوب الى بني تغلب قوله عرف ذلك باجماع الصحابة فقد تقدم بيانه في تضعيف عمر رضي الله عنه عليهم
ولا فصل في ذلك بين ان يكون الارض لهم في الاصل او اشتراها من مسلم وعن محمد ان فيما اشتراها من المسلم
عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فتضعيف العشر انما يكون في الاراضي الاصلية التي
وقع الصلح عليها ولهما ان الصلح وقع بيننا وبينهم على ان يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم والعشر يؤخذ من
المسلم فيضعف عليهم قوله فان اشتراها يعني الارض التي عليها العشر المضاعف في الاصل من التغلبي ذمي

اي على حالها من العشر المضاعف عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر فان الذمي اذا مر على العاشر
بمال الزكوة يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم وقوله وكذلك اذا اشتراها منه مسلم يعني يبقى عشرها مضاعفا عند
ابي حنيفة رح من غير فصل بين التضعيف الاصلي والحادث لان التضعيف صار وظيفة لها فينتقل الى المسلم
بما فيها كالخراج فان المسلم اذا اشترى ارضا خراجية بقيت كما كانت وكذا اذا اسلم صاحبها وهذا لان بقاء
الحكم يستغني عن بقاء العلة كالرمل والاضطباع بقيا بعد زوال الحاجة الى اظهار الجلد وههنا بحث قررناه
في التقرير فليطلب ثمه وقال ابو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو الكفر الا ترى ان
التغلبي اذا كانت له اربعون من الابل السائمة يجب فيها شاتان فان باعها من مسلم او اسلم يؤخذ منه شاة واحدة
والجواب لابي حنيفة رح ان مال الزكوة اقبل للتحول من وصف الى وصف الا ترى ان مال التجارة يبطل عنه الزكوة
بنية القنية والسوائم يبطل عنها بجعلها علوفة والاراضي ليست كذلك قوله وقال في الكتاب اي في كتاب
الزكوة من المبسوط وهو اي العود الى عشر واحد قول محمد فيما صح عنه قال المص رح اختلفت النسخ اي نسخ المبسوط
في بيان قول محمد رح مع ابي حنيفة او مع ابي يوسف والاصح انه مع ابي حنيفة رح في بقاء التضعيف على المسلم
وما بعده ظاهر مما تقدم وقوله ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني اي ذمي غير تغلبي وانما فسر بذلك
لان لفظ النصراني يتناول التغلبي وغيره من النصارى وذكر قبيله ما يبيع المسلم من التغلبي فكان هذا من غير
تغلبي وانما قيد بقوله وقبضها ليعلم به تأكد ملك الذمي فيها ونقرب الارض عليه حتى اذا اخذها مسلم بالشفعة
او ردت على البائع تبقى عشرية كما كانت وهي المسئلة الثانية التي تجيء قوله لانه اليق بحال الكافر فما كان
كذلك لان المأخوذ ثلثة انواع خراج وعشر واحد وعشر مضاعف والعشر المضاعف يعتمد الصلح والتراضي
كما في التغالبة وليس بموجود والعشر الواحد فيه معنى القربة والكافر ليس من اهلها فتعين الخراج لانه اليق لكونه
مؤنة فيها معنى العقوبة والكافر اهل لها وقوله اعتبارا بالتغلبي يعني ان ما كان مأخوذا من المسلم اذا وجب اخذه
من الكافر يضعف عليه كصدقة بني تغلب وما يمر به الذمي على العاشر وهو اهون من التبديل لانه تغيير في الوصف
والخراج واجب آخر قوله ثم في رواية يصرف مصرف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج وجه الاولى
ان حق الفقراء تعلق به كتعلق حق المقاتلة بالاراضي الخراجية ووجه الثانية وهي رواية عن محمد ان ما يصرف
الى الفقير هو ما كان لله تعالى بطريق العبادة ومال الكافر ليس كذلك فيصرف مصارف الخراج وقوله فان
اخذها منه مسلم اي اخذ الارض التي باعها المسلم من نصراني اي مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد
البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول اي الاخذ بالشفعة فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من المسلم ولم
يتوسط النصراني واعترض بانه لو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشتري اذا قبضها منه واجيب
بانه انما يرجع عليه لوجود القبض منه كما في الوكيل بالبيع فان المشتري يرد المبيع بالعيب على الوكيل لان
الموكل لحصول القبض منه حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع ثم وجدها معيبا يردها عليه دون المشتري
واما الثاني اي الرد على البائع لفساد البيع فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان
حق المسلم اي البائع لا ينقطع بهذا الشراء وهو الفاسد لكونه مستحق الرد بفسخ الحاكم قوله واذا كان لمسلم
دار خطة الخطة ما خطه الامام بالتمليك عند فتح دار الحرب والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار على ما سيجيء في موضعه

المسئلة لبيان ان الحكم الاصلي للشي يتغير لتغير صفته فانها لو بقيت دارا كما كانت لم يكن فيها شي سواء كان مالكها مسلما او ذميا فاذا جعلها بستانا وجب عليه العشر ان سقاه بماء العشر والخراج ان سقاه بماء الخراج لان المؤنة تدور مع الماء لان وظيفة الاراضي باعتبار انزالها وهي انما تكون بالماء واستشكل هذه المسئلة بان فيها توظيف الخراج على المسلم ابتداء وقد ذكر محمد في ابواب السير من الزيادة ان المسلم لا يبتدا بتوظيف الخراج واجاب شمس الائمة بان معناه انه لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وههنا وجد منه ذلك وهو السقي بماء الخراج اذ الخراج يجب حقا للغانمين فيختص وجوبه بما حوته الغانمون الا ترى ان المسلم اذا احيى ميتة باذن الامام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج ومعنى قوله في مثل هذا الارض التي لم يتقرر امرها على عشر وخراج وهو احتراز عما اذا كان لمسلم ارض تسقى بماء العشر وقد اشتراها ذمي فان فيها عشرين وفيه الخراج قوله وليس على المجوسي في داره شي قال شيخ الاسلام انما خصه بالذكر لانه قيل لعمر رضي الله عنه ان المجوس كثر بالسواد فقال اعياني امر المجوس وفي القوم عبد الرحمن بن عوف فقال سمعت رسول الله صلعم يقول سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب الحديث فلما سمع عمر رضي الله عنه بذلك عمل به وامر ان يمسحوا اراضيهم ودورهم فوظف الخراج على اراضيهم بقدر الطاقة والريع وعفا عن رقاب دورهم وعن رقاب الاشجار فيها فلما ثبت العفو في حقهم مع كونهم ابعد عن الاسلام ثبت في حق اليهود والنصارى بالطريق الاولى وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاها بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة يليق بحاله ولقائل ان يقول اما ان يكون الاعتبار للماء او للحال فان كان الاول وجب عليه العشر وان كان الثاني ناقض هذا قوله لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وقد وجب على المسلم العشر اذا سقى ارضه بماء الخراج والجواب ان الاعتبار للماء لكن قبول المحل شرط وجوب الحكم والكافر ليس بمحل لايجاب العشر عليه لكونه عبادة فان قيل كيف كان المسلم محلا لايجاب الخراج وفيه الصغار والمسلم ليس بمحل له فالجواب لا صغار في خراج الارض انما هو في خراج الجماجم كذا ذكره شمس الائمة رحمه الله ولكنه ليس بمحل له مطلقا او اذا لم يظهر منه صنع يقتضيه والاول ممنوع والثاني مسلم ولكنه قد ظهر منه ذلك وهو السقي بماء الخراج كما تقدم وقوله على قياس قولهما يعني اذا اشترى الذمي من مسلم ارضا عشرية وجب عند ابي يوسف عشر مضاعف وعند محمد عشر واحد فعلى قياس قولهما هذا وجب على المجوسي اذا سقى ارضه بماء العشر عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران والوجه من الجانبين قد بان وكذا الروايتين عن محمد في المصرف قوله ثم الماء العشري بيان للماء العشري والخراجي وهو ظاهر الا التي سقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ورد لان تلك الانهار بمال الخراج فصار ماؤها خراجيا وصادفت الارض خراجية تبعا وجيحون نهر ترمذ بكسر التاء والذال المعجمة وسيحون نهر الترك وهو نهر خجند ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة قال بعض الشارحين الابار والعيون التي حفرت وظهرت في الارض العشرية فانها عشري اما التي يكون في الارض الخراجية فالماء ايضا خراجي لان الماء يأخذ حكم الارض لكونه خارجا منها وفيه بحث وهو انه ذكر ان الارض العشرية ما تسقى من ماء العشر ولو كان ماء العشر من الابار والعيون ما يكون في الارض العشرية لم يفد شيئا لتوقف احدهما على الآخر والجواب ان الاراضي العشرية خمسة انواع فارض العرب كلها عشرية وسيأتي تحديدها والثاني كل ارض اسلم اهلها طوعا والثالث الارض

الّتي فتحت

التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين والرابع بستان مسلم كان دارا فاخذ بستانا والخامس الارض الميتة التي احياها مسلم وكانت من توابع الارض العشرية وما نحن فيه انما يتصور في الرابع والخامس فان المسلم اذا كان له دار في ارض العرب او في الارض التي اسلم اهلها طوعا او التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستانا وسقى بماء ابارها او العيون التي فيها وجب العشر وان كان لها المجوسي فالمسئلة بحالها فعلى ما ذكر من اختلافهم في وجوب الخراج او العشر الواحد والمضاعف وعلى هذا اذا احيى مواتا قوله لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة اي على تضعيف ما يجب على المسلمين من العبادة او ما فيه معناها دون المؤنة المحضة اي الخالية عن معنى العبادة كالخراج فمن وجب عليه من المسلمين شي من ذلك وجب على بني تغلب ضعفه وعلى الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وقوله وليس في عين القير والنفط القير هو الزفت والقار لغة فيه والنفط بفتح النون وكسرها وهو افصح دهن يكون على وجه الماء في العين وكلامه واضح وقوله وعليه في ارض الخراج خراج يجوز ان يكون معناه وعلى عين القير والنفط خراج بان يمسح موضع العين اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة فيكون موضع العين تابعا للارض وهو اختيار بعض المشايخ ويجوز ان يكون معناه وعلى الرجل في عين القير والنفط في ارض الخراج خراج يعني في حريمها اذا كان صالحا للزراعة ولا يمسح موضع العين لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية من سماعة عن محمد رحمه الله واختار ابي بكر الرازي لان حريمه في الاصل صالح لها وانما عطله صاحبه لحاجته وهو تحصيل ما يحصل به فيه وهم من قال لا خراج فيها ولا على ما حولها لانها لا تصلح للزراعة كالارض السبخة وما لا يبلغها الماء وكان المص اختار قول ابي بكر الرازي رحمه الله والله تعالى اعلم

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

لما ذكر الزكوة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع احتاج الى بيان من يصرف اليه هذه الاشياء فشرع في بيانه في هذا الباب الاصل فيه اي فيمن يجوز الصرف اليه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الاية فهي ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم وهم كانوا ثلثة انواع نوع كان يتالفهم رسول الله صلعم ليسلموا ويسلم قومهم باسلامهم ونوع منهم من اسلم لكن على ضعف فيزيد تقريرهم لضعفهم ونوع منهم لدفع شرهم وهم مثل عيينة ابن حصين والاقرع بن حابس والعباس بن مرداس وكان هؤلاء رؤساء قريش لم يكن رسول الله صلعم يعطيهم خوفا منهم فان الانبياء عليهم السلام لا يخافون احدا الا الله وانما اعطاهم خشية ان يكبهم الله على وجوههم في نار جهنم ثم سقط ذلك في خلافة الصديق رضي الله عنه لما جاؤا واستبذلوا الخط لنصيبهم في خلافة ابي بكر رضي الله عنه فبذل لهم فجاؤا الى عمر رضي الله عنه فاستبذلوا الخط فابى ومزق خط ابي بكر رضي الله عنه وقال هذا شي كان يعطيكم رسول الله صلعم تاليفا لكم فاما اليوم فقد اعز الله الاسلام واغنى عنكم فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فعادوا الى ابي بكر فقالوا انت الخليفة ام عمر بذلت لنا الخط فمزقه عمر فقال هو ان شاء ولم يخالفه وعلى ذلك انعقد الاجماع واختلف كلام القوم في وجه سقوطه بعد النبي صلعم بعد ثبوته بالكتاب الى حين وفاته صلعم فمنهم من ارتكب جواز نسخ الكتاب بالاجماع بناء على ان الاجماع حجة كالكتاب وليس بصحيح من المذهب ومنهم من قال هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم بانتهاء وقته وهو النهار ورد بان الحكم في البقاء لا يحتاج الى العلة كما في الرمل والاضطباع في الطواف وقد تقدم فانتهاؤه لا يستلزم انتهاءه وفيه بحث قررناه في التقرير وقال شيخ شيخي العلامة

علا الدين عبد العزيز والاحسن ان يقال هذا تقرير لما كان في زمن النبي عليه الصلوة والسلام من حيث المعنى
وذلك ان المقصود بالدفع اليهم كان اعزاز الاسلام لضعفه في ذلك الوقت لغلبة اهل الكفر فكان الاعزاز
في الدفع فلما تبدل الحال بغلبة اهل الاسلام صار الاعزاز في المنع فكان الاعطاء في ذلك الزمان والمنع
في هذا الزمان بمنزلة الآلة لاعزاز الدين والاعزاز هو المقصود وهو باق على حاله فلم يكن نسخا كالمتيمم وجب
عليه استعمال الماء التراب للتطهير لانه آلة متعينة لحصول التطهير عند عدم الماء فاذا تبدل حاله بوجدان
الماء سقط الاول ووجب استعمال الماء لانه صار متعينا لحصول المقصود ولا يكون هذا نسخا للاول
فكذا هذا وهو نظير ايجاب الدية على العاقلة فانها كانت واجبة على العشيرة في زمن النبي عليه الصلوة والسلام
وبعده على اهل الديوان لان الايجاب على العاقلة بسبب النصرة والانتصار في زمنه عليه السلام كان بالعشيرة
وبعده باهل الديوان فايجابها على اهل الديوان لم يكن نسخا بل كان تقريرا للمعنى الذي وجبت الدية لاجله
وهو الانتصار فكذا هنا وهو كلام حسن **قوله** والفقير من له ادنى شيء ظاهر **قوله** ولكل وجه اما
وجه الاول وهو ان يكون المسكين اسوء حالا من الفقير فقوله تعالى او مسكينا ذا متربة اي لاصقا بالتراب
من الجوع والعرى واما وجه من قال بالثاني وهو ان الفقير اسوء حالا من المسكين فقوله تعالى اما السفينة
فكانت لمساكين يعملون في البحر والفائدة تظهر في الوصايا والاوقاف والنذور لا في الزكوة فان من نفعها
الى صنف واحد جاز عندنا ثم هما صنفان او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى
روى عن ابي يوسف انه قال هما صنف واحد حتى قال فيمن اوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين
ان لفلان نصف الثلث وللفريقين النصف الآخر وقال ابو حنيفة لفلان ثلث الثلث لجعلهما صنفين
وهو الصحيح كذا ذكر فخر الاسلام لانه عطف وهو يقتضي المغايرة **وقوله** والعامل يدفع اليه الامام العامل
هو الذي يبعثه الامام لجباية الصدقات يعطيه ما يسعه اي يكفيه واعوانه مدة ذهابهم وايابهم لانه فرغ نفسه
لهذا العمل وكل من فرغ نفسه لعمل من امور المسلمين يستحق على ذلك رزقا كالقضاة والمقاتلة وليس ذلك على
وجه الاجارة لانها لا تكون الا على عمل معلوم ومدة معلومة واجر معلوم ولم يوجد ذلك بالثمن خلافا للشافعي
فانه يقدر بذلك لان القسمة تقتضي المساواة في الاصل فيكون له ثمن الصدقة وفيه نظر لان القسمة ان اقتضت
ذلك فسهم المؤلفة قلوبهم سقط بالاجماع فلم يبق الاسهم سبعة حتى يكون له السبع واجيب ان المؤلفة قلوبهم
مسلمون وكفار والساقط سهم الكفار فقط فكان الاسهم ثمانية **قوله** لان استحقاقه بطريق الكفاية
لا بطريق الصدقة الا يرى ان صاحب الزكوة لو دفعها الى الامام لم يستحق العامل شيئا ويأخذ وان كان غنيا
فان قيل لو كان كذلك لجاز اخذ الهاشمي اجاب بقوله الا ان فيه شبهة الصدقة نظرا الى سقوط الزكوة
عن ذمة المؤدي فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة رسول الله صلى الله عليه السلام عن شبهة الوسخ والغني
لا يوازيه اي الهاشمي في استحقاق الكرامة فلم يعتبر الشبهة في حقه **وقوله** هو المنقول يعني عن رسول الله صلعم
فانه روى ان رجلا قال يا رسول الله دلني على عمل يدخلني الجنة قال فك الرقبة او اعتق النسمة قالا وليسا
سواء يا رسول الله قال فك الرقبة ان تعين في عتقها **قوله** ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه لانه اذا ملك
ذلك كان غنيا واذا لم يملك وما في يده مستحق بالدين وجوده وعدمه سواء كان فقيرا **وقوله** في اصلاح
ذات البين اي الصلح بين المتعادين لتزال الاختلاف وحصول الايتلاف والنائرة العداوة والشحناء

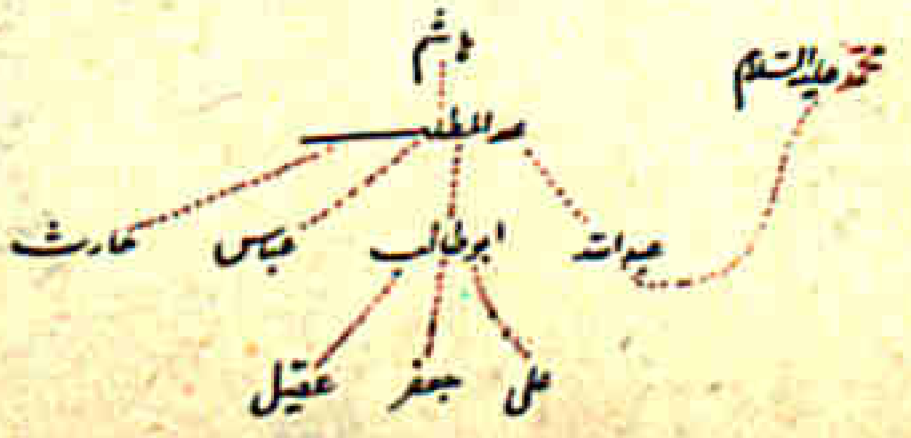
والمنافرة النائرة بين القبيلتين

وقوله منقطع

وقوله منقطع الغزاة اي فقراء الغزاة وكذلك المراد بمنقطع الحاج فقراؤهم المنقطع بهم ولا يصرف
الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء لقوله صلعم خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم وقال
الشافعي يصرف الى اغنيائهم لقوله عم لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة من جملتهم الغزاة في سبيل الله ولنا دليل
الغني لغني البدن ومعناه ان المستغني لغنى البدن لا يحل له طلب الصدقة الا اذا كان غازيا فيحل له لاشتغاله بالجهاد
عن الكسب وذكر تلك الخمسة في التجنيس فقال لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة الغازي والعامل عليها والغارم ورجل
اشتراها بماله ورجل تصدق بها على المساكين فاهداها المسكين اليه وذكر في المصابيح وفي رواية وابن السبيل فان
قيل قوله وفي سبيل الله مكرر سواء كان منقطع الغزاة او منقطع الحاج لانه اما ان يكون له في وطنه مال او لا
فان كان فهو ابن السبيل وان لم يكن فهو فقير فمن اين يكون العدد سبعة اجيب بانه فقير الا انه ازداد فيه
شيء آخر سوى الفقر وهو الانقطاع في عبادة الله من جهاد او حج فلذلك غاير الفقير المطلق لا محالة ونظائره
اثر المغايرة في حكم آخر ايضا وهو زيادة التحريض والترغيب في رعاية جانبه التي استفيدت من العدول عن
اللام الى كلمة في فان في ذلك ايذانا بانهم ارسخ في استحقاق التصدق عليهم ممن سبق ذكرهم لان في للظرفية
فنبه على انهم احقاء بان توضع فيهم الصدقات واذا كان كذلك لم ينتقض المصادفة من السبعة وفيه تأمل
قوله فهذه جهات الزكوة يعني انهم مصارف الصدقات لا مستحقوها عندنا حتى يجوز الصرف الى واحد منهم
وقال الشافعي هم المستحقون لها حتى لا يجوز ما لم يصرف الى الاصناف السبعة من كل صنف ثلثة وتمسك بذلك
لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق لكونها موضوعة للتمليك ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا
لاثبات الاستحقاق قال ابن عباس رضي الله عنه المراد بيان المصارف فالى ايها صرفت اجزاك كما ان الله تعالى امرنا
باستقبال الكعبة فاذا استقبلت جزءا منها كنت ممتثلا للامر الا يرى ان الله تعالى ذكر الاصناف باوصاف
تنبئ عن الحاجة فعرفنا ان المقصود سد خلة الفقير فصاروا صنفا واحدا في التحقيق **وقوله** وهذا لما
ذكرنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق لما عرفت ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة
الحاجة صاروا مصارف لما ذكرنا انه تعالى ذكر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فلا يبالي باتحاد
جهاته **وقوله** ولا يجوز ان تدفع الزكوة الى ذمي واضح والضمير في من اغنيائهم راجع الى المسلمين بالاجماع
لان الزكوة لا تجب على الكافر فكذا ضمير فقرائهم لئلا يختل النظم فان قيل هذا زيادة على النص وهو قوله
انما الصدقات بخبر الواحد وهو لا يجوز اجيب بانه مشهور تلقته الائمة بالقبول فجاز الزيادة به **قوله**
ويدفع ما سوى ذلك من الصدقات يعني الى الذمي لانه هو المذكور اولا دون الحربي والمستأمن وفقراء المسلمين
اولى **وقوله** تصدقوا على اهل الاديان كلها يقتضي شيئين احدهما ان يجوز الصرف الى الحربي والمستأمن
والثاني جواز دفع الزكوة ايضا واجاب عن الثاني بقوله ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز في الزكوة لان
قوله تصدقوا مطلق فان معناه افعلوا التصدق ومنهم من قال معناه انه مخصوص به وليس بشيء لان المطلق
ليس بعام ومنهم من يقول معناه للعموم بالدليلين وذلك لان قوله تصدقوا على اهل الاديان كلها يقتضي
جواز دفع الزكوة اليهم وحديث معاذ رضي الله عنه يقتضي عدمه فعملنا بحديث معاذ في الزكوة والآخر فيما سواها من
الصدقات الواجبة كصدقة الفطر والصدقة المنذورة والكفارات عملا بالدليلين ولم يذكر الجواب عن
الاول لانه اجيب عنه بانه مخصوص في حق الحربي والمستأمن لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين

لا نخص بيان التقييد بموضع الخصوص على ما عرف في الاصول ولا يدفع ما قيل كلا كل لتأكيد الاديان لا لنا
الاجل فتأمل فانه مما مس شأنها ولكن ينبغي ان يكون الخصوص مقارنا عندنا وليس بثابت على ان في الآية التي
عن التولي لا عن الزكوة فلا يكون له تعلق بالصدقة ويمكن ان يقال المراد بالمقاتلة معهم بآيات القتال فانه كان شيء
منها متأخرا عن هذا الحديث كان ناسخا في حقهم وان لم يكن له لم يرو الحديث معمولا به في حقهم لان التصدق عليهم
مرحمة لهم ومساواة وهي منافية لمقتضى الآية وليس في مرتبتها فيسقط العمل به في حقهم ويبقى معمولا به في اهل
الذمة عملا بالدليل بقدر الامكان قوله وهو الركن لان الاصل في دفع الزكوة تمليك فقير مسلم غير هاشمي
ولا مولاه تجزء من المال مع قطع منفعة المدفوع عن نفسه مقرونا بالنية ولقائل ان يقول قولكم التمليك
ركن دعوى مجردة اذ ليس في الادلة النقلية المتعلقة في هذا الباب ما يدل على ذلك ما خلا قوله تعالى انما الصدقات
للفقراء وانتم جعلتم اللام للعاقبة دون التمليك والجواب ان معنى قولهم للعاقبة اي المقبوض يصير لهم مالكا لهم
الآخرة فهم مصارف ابتداء لا مستحقون ثم يحصل لهم الملك في الآخرة بدلالة اللام فلم يبق دعوى مجردة
وقوله لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه بدليل ان الدائن والمديون اذا تصادقا ان لا دين عليه
فللمؤدي ان يسترد المقبوض من القابض فلم يصر به ملكا للقابض وانما قيد بدين الميت لانه لو قضى دين حي
بامره وقع عن الزكوة كانه تصدق على الغريم فيكون القابض كالوكيل في قبض الصدقة وقوله ولا يشترى
بها رقبة ظاهر قوله ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه اي من يكون بينهما قرابة ولاد اعلى او اسفل وانما
من القرابة فيتم الايتاء بالصرف اليه وهو افضل لما فيه من صلة الرحم قوله للاشتراك في المنافع عادة
لان الله تعالى قال ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رض وقوله لما ذكرنا يعني من اشتراك المنفعة
الا ترى ان كلا منهما متهم في حق صاحبه حتى لا يجوز شهادته له وان كل واحد منهما يرث صاحبه من غير حجب
كما في الولاد فكما ان الولاد مانع فكذا ما يتفرع منه الولاد قوله قلنا هو محمول على النافلة لما روي انها
كانت امرأة صنعة اليدين تعمل للناس وتتصدق بذلك وبه نقول وقوله وله حق في كسب مكاتبه ظاهر
الا يرى انه لو تزوج جارية مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية نفسه وقوله ولا الى عبد اعتق بعضه يعني
المعتق بان يكون عبد بين اثنين احدهما اعتق نصيبه وهو معسر لا يجوز للآخر دفع زكوته اليه لانه بمنزلة
المكاتب عنده وهو مملوكان عندهما وقوله بخلاف امرأة الغني يعني فانه يجوز الدفع اليها اذا كانت
فقيرة وهو ظاهر الرواية وروى اصحابنا الامالي عن ابي يوسف انه لا يجوز الدفع اليها لانها مكفية المؤنة
بما يستوجب النفقة على الغني حالة اليسار والاعسار فالصرف اليها كالصرف الى الولد الصغير للغني ووجه
الظاهر ما ذكر في الكتاب والفرق بينها وبين الولد الصغير للغني انه يستوجب النفقة عليه بالجزئية فكان الصرف
اليه كالصرف الى الغني قوله ولا يدفع الى بني هاشم الى قوله بمنزلة العبد وبالماء ظاهر واعترض عليه بان
التشبيه بالوضوء على الوضوء كان انسب باعتبار وجود القربة ولهذا اختاره صاحب الفتاوى الكبرى
حرمة التطوع ايضا وذكر في شرح الآثار ان المفروضة والتطوع محرمتان عليهم عندهما وعند ابي حنيفة
فيهما روايتان واجيب بان المال في التطهير دون الماء لان المال مطهر حكما والماء حقيقة وحكما
فيكون المال مطهرا من وجه دون وجه فجعلناه متدنسا في الفرض دون النفل عملا بالوجهين وقوله
وهم آل علي قوله واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله صلعم وهو ابو رافع روي صاحب السنن

قال احل لي الصدقة فقال عليه السلام
لا انت مولانا



الى ابي رافع ان النبي صلعم بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة فقال لابي رافع اصحبني فانك تصيب منها قال حتى آتي
النبي صلعم فاتاه فسأله فقال مولى القوم من انفسهم وانا لا تحل لنا الصدقة فان قيل لو كان مولى القوم منهم لما وجب الجزية
على عبد كافر اعتقه القرشي لانه لا جزية عليه اجاب بقوله لانا اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية
ويعتبر حال المعتق بفتح التاء لانه هو القياس فان القياس ان لا يلحق المعتق بالمعتق في حاله لان كل واحد منهما اصل
بنفسه من حيث البلوغ والعقل والحرية وخطاب الشرع والالحاق انما كان بالنص في حق الصدقة ولا يتعدى وهذا
يؤخذ من مولى التغلبي الجزية دون الصدقة المضاعفة قوله قال ابو حنيفة ومحمد رح هذا على ثلثة اوجه اما ان ظهر
انه كان محلا للصدقة او لم يظهر حاله عنده اصلا او ظهر انه لم يكن محلا ففي الاول والثاني يجوز بالاتفاق وفي الثالث
جاز عند ابي حنيفة ومحمد رح ولا اعادة عليه وهل يطيب المقبوض للقابض ذكر الحلواني انه لا رواية فيه واختلفوا
فيه على قول من لا يطيب ماذا يصنع به قيل يتصدق به وقيل يرده على المعطي على وجه التمليك ليعيد الاعطاء
وقال ابو يوسف عليه الاعادة ولكن لا يسترد ما اداه لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء
فصار كالاواني والثياب فان الاواني الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة فان غلبت الطاهرة مثل ان يكون
الاناءان طاهران وواحد نجس فانه لا يجوز ان يترك التحري فاذا تحرى وتوضأ ثم ظهر الخطأ يعيد الوضوء
واما اذا غلبت النجسة او تساويا يتيمم ولا يتحرى واما الثياب الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة وليس ثمه
علامة يعرف بها فانه يتحرى مطلقا فاذا صلى بثوب منها بالتحري ثم ظهر خطائه اعاد الصلوة واما عدم
فلان فساد جهة الزكوة لا ينقض الاداء ولنا حديث معن بن يزيد وهو ما روي ان يزيد دفع صدقته الى
رجل ليدفعها الى الفقير فدفعها الى ابنه معن فلما اصبح رآها معه فقال يا بني والله ما اياك اردت فاختصما
الى رسول الله صلعم فقال عليه السلام يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وجوز ذلك ولم يستفسر
ان الصدقة كانت فريضة او تطوعا وذلك يدل على ان الحال لا يختلف اولان مطلق الصدقة ينصرف الى
الفريضة وقوله ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دليل يتضمن الجواب عن قوله وامكان الوقوف على
هذه الاشياء يعني سلمنا ان الوقوف على هذه الاشياء ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع وما كان كذلك بني
الامر فيه على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة فانه وقع عنده انه مضر في جهة الاداء انه لم يكلف
ما ليس في الوسع وعن ابي حنيفة رح في غير الغني اي فيما اذا ظهر انه هاشمي او كافر وانه ابن او ابنه لا يجزيه والظاهر
هو الاول يعني الاجزاء في الكل وقوله وهذا اي عدم الاعادة اذا تحرى حاصل هذه المسئلة على اربعة اوجه اما
ان يدفع زكوة ماله رجلا بلا شك ولا تحر او شك في امره فالاول يجزيه ما لم يتبين انه غني لان الفقر في
القابض اصل والثاني اما ان تحرى او لا فان لم يتحر لم يجز حتى يعلم انه فقير لانه لما شك وجب عليه التحري كما
في الصلوة فاذا تركه بعد النصح لم يقع المؤدي موقع الجواز الا اذا ظهر انه فقير لان الفقر هو المقصود وقد
حصل بدونه كالسعي الى الجمعة وان تحرى ودفع فاما ان يكون في اكبر رأيه انه مصرف او ليس بمصرف فان كان
الثاني لا يجوز الا اذا ظهر انه فقير فاذا ظهر صح هو الصحيح وزعم بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
لا يجوز كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى الى جهة ثم اعرض عن الجهة التي ادى اليها اجتهاده وصلى الى جهة اخرى
ثم تبين انه اصاب القبلة لزمه اعادة الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما والاصح هو الفرق فان الصلوة لغير
القبلة مع العلم لا يكون طاعة فاذا كان عنده انه فعل معصية لا يمكن اسقاط الواجب عنه به واما التصدق

على الغني فصح وليس فيه من معنى المعصية شيء ويكره اسقاط الواجب عند اصابة محله بعينه وكان العمل بالتحري لحصول المقصود وقد حصل بعينه وان كان الاول فان ظهر انه فقير او لم يظهر من حاله شيء جاز بالاتفاق وان ظهر انه غني وكذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف اولا ثم قال تلزمه الاعادة كما ذكرنا وهو قول الشافعي رح **وقوله** وهو الركن اي التمليك وهو الركن في الزكوة كما مر **قوله** ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا سواء كان من النقود او من السوائم او العروض وهو فاضل عن حوائجه الاصلية كالدين في النقود والاحتياج في الاستعمال في امر المعاش في غيرها لا يجوز دفع الزكوة اليه ومن هذا ذكر في المبسوط رجل له الف درهم وعليه دين الف درهم وله دار وخادم وفرس وسلاح لغير التجارة قيمتها عشرة آلاف درهم فلا زكوة عليه لان الدين مصروف الى المال الذي في يده لانه فاضل عن حاجته معد للتقلب والتصرف فيه فكان الدين مصروفا اليه فاما الدار والخادم والفرس والسلاح فمشغول بحاجته فلا يصرف الدين اليه وعلى هذا قال مشايخنا ان الفقيه اذا ملك من الكتب ما يساوي مالا عظيما ولكنه يحتاج اليه يحل له اخذ الصدقة الا ان يملك فضلا عن حاجته ما يساوي مأتي درهم **قوله** واما النماء فشرط الوجوب يعني ان الشرط في عدم جواز الدفع ملك النصاب الفاضل عن الحوائج الاصلية ناميا كان او غير نام واما النماء فشرط وجوب الزكوة ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا وقال الشافعي رح لا يجوز دفعها الى الفقير المكتسب لقوله صلعم لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ولنا انه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا توقف عليها لكونها خفية ولهذا دليل ظاهر وهو فقد النصاب فيقام مقامه كما في الاخبار عن المحبة فيما اذا قال ان كنت تحبيني فانت طالق فقالت احبك وتأويل ما رواه حرمة الطلب الا يرى ان ما روى رسول الله صلعم انه كان يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسألانه فنظر اليهما ورآهما جلدين فقال انه لا حق لكما فيه وان شئتما اعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال الا يرى انه جوز الاعطاء اياهما **وقوله** ويكره ان يدفع الى الواحد مأتي درهم فصاعدا قيل معناه اذا لم يكن له عيال ولا دين عليه واما اذا كان معيلا فلا بأس بان يعطيه مقدار ما لو وزع على عياله اصاب كل واحد منهم دون المأتين لان التصدق عليه في المعنى تصدق عليه وعلى عياله واذا كان عليه دين فلا بأس بان يعطيه مأتين او اكثر مقدار ما اذا قضى به دينه يبقى له دون المأتين وكذلك ذكر هذه المسئلة في المبسوط مقيدة بهذين القيدين فقال ويكره ان يعطي رجلا من الزكوة مأتي درهم اذا لم يكن عليه دين او عيال وقال ابو يوسف رح لا بأس باعطاء المأتين ويكره ان يعطيه فوق المأتين وقال زفر لا يجوز ان يعطيه المأتين وجه قول ابي يوسف رح ان جزءا من المأتين مستحق بحاجته للحال والباقي دون المأتين فلا يثبت به صفة الغنى الا ان يعطيه فوق المأتين ووجه قول زفر ان الغنى قارن الاداء لان الاداء علة الغنى والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة مع الفعل وهذا مقرر عند علمائنا المحققين ذكره الامام فخر الاسلام وغيره في اصول الفقه ولنا ما ذكر ان الغنى حكم الاداء وحكم الشيء يعقبه واعترضوا عليه بان حكم العلة الحقيقية لا يجوز ان يتأخر عنها كما قال زفر رح فاوجه هذا الكلام فمنهم من قال معنى قوله الغنى حكم الاداء وذلك لان الاداء علة الملك والملك علة الغنى فكان الغنى مضافا الى الاداء لكن بواسطة الملك فكان للعلة الاولى وهي الاداء شبهة السبب والسبب الحقيقي هو الذي يتقدم على الحكم حقيقة وما كان فيه شبهة السبب من العلل اشبهه التقدم فكان هذا من قبيل شراء القريب للاعتاق فان الشراء علة الملك والملك في

القريب علة العتق بالحديث فكان العتق حكم حكم الشرى فلذلك جازت نية الكفارة عند الشراء لشبهه بتقدم الشرى على العتق بوجود الواسطة وليس في كلام المص ما يشعر به وقال فخر الاسلام الاداء يلاقي الفقير وانما يثبت الغنى بحكمه وحكم الشيء لا يصلح مانعا لان المانع ما يسبقه لا ما يلحقه والجواز لا يحتمل البطلان لان البقاء يستغني عن الفقر وهذا يشير الى ان التأخر كما ترى والحكم لا يتأخر عن العلة الحقيقية واقول الحكم يتأخر عن العلة الحقيقية واقول الحكم يتأخر عن العلة في العقل ويقارنها في الوجود فبالنظر الى التأخر العقلي جاز وبالنظر الى التقارن الخارجي يكره ولعل المراد بقوله لقرب الغنى منه **وقوله** وان تغني به انسانا احب الي هذا عند ابي حنيفة لابي يوسف رح وانما صار هذا احب لان فيه صيانة المسلم عن ذل السؤال مع اداء الزكوة وقالوا ان من اراد ان يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا ففرقها فقد قصر في امر الصدقة ومعناه الاغناء عن السؤال في يومه لا ان يملكه نصابا لان الاغناء مطلقا مكروه كما تقدم وينبغي ان يكون مراده اذا لم يكن مديونا او معيلا بناء على ما تقدم **قوله** ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد قال الامام ابو الحسن القدوري يكره نقل الزكوة الى بلد اخرى وهذا اذا لم ينقل الى قرابة او الى قوم هم احوج من اهل بلده اما اذا نقل اليهم فانه يجوز بلا كراهة اما الجواز في الصورة الاولى فلان المصرف مطلق الفقراء بالنص واما الكراهة فبحديث معاذ ولان في النقل ترك رعاية حق الجوار واما عدم الكراهة فيما اذا نقل الى قرابته فلما فيه من اجر الصدقة واجر الصلة واما الى قوم هم احوج من اهل بلده فلان المقصود سد خلة الفقير فمن كان احوج كان اولى وقد صح عن معاذ انه كان يقول باليمن ائتوني بخميص او لبيس آخذه منكم في الصدقة فانه ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة والخميص الثوب الصغير طوله خمسة اذرع واللبيس الخلق والحوالة بالعرف بين هذه المسئلة وبين صدقة الفطر في انه اعتبر ههنا مكان المال وفي صدقة الفطر من يجب عليه في ظاهر الرواية واجيب بان وجوب الصدقة على المولى في ذمته عن رأسه فحيث كان رأسه وجبت عليه ورأس مماليكه في حقه كرأسه في وجوب المؤنة التي هي سبب الصدقة فيجب حيث ما كانت رؤسهم واما الزكوة فانها تجب في المال ولهذا اذا هلك سقطت فاعتبر مكانه

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر لها مناسبة بالزكوة والصوم اما بالزكوة فلانها من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكوة واما بالصوم فباعتبار الترتيب الوجودي فان شرطها الفطر وهو بعد الصوم قال صاحب النهاية وانما ترجح هذا الترتيب لما ان المقصود من الكلام هو المضاف لا المضاف اليه خصوصا اذا كان مضافا الى شرطه والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله تعالى سميت بها لان بها يظهر صدق الرغبة في تلك المثوبة كالصداق يظهر به صدق رغبة الرجل في المرأة **قال** صدقة الفطر واجبة الوجوب ههنا على معناه الاصطلاحي وهو ما يثبت بدليل فيه شبهة على ما ذكر في الكتاب **وقوله** فاضلا عن مسكنه قال في النهاية حتى لو كان له داران دار يسكنها واخرى لا يسكنها ويؤاجرها او لا يؤاجرها تعتبر قيمتها في الغنى حتى لو كانت قيمتها مأتي درهم وجب عليه صدقة الفطر **قوله** وعبيده يعني التي للخدمة فان التي للخدمة تكون للتجارة فيها الزكوة وفي الحديث بيان لوجوبها وشرطها ومقدار الواجب وبيان ما يجب عليه ووقت يجب فيه **وقوله** رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العدوي قال الامام حميد الدين الضرير رح العذري يعني بالعين والذال المعجمة اصح منسوب الى بني عذرة اسم قبيلة والعدوي منسوب الى عدي وهو جده واهل

وقوله صغيرا او كبيرا صفتان لعبد ولا يجوز ان يكونا صفتين لحر وعبد لانه لا يجب صدقة الفطر عن ولده الكبير صح

وفيه بحث الوجوب لعدم العقل ولقوله كرمه ليتحقق تملكه الاسلام ليتم قربة

الحديث يتعلقونه كنية ابو صعير العدوى قوله لا صدقة الا عن ظهر غنى اى صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وهو اى الحديث حجة على الشافعى رح فى ايجابه على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه وعياله بما ذكرنا آخر حديث بن عمر غنى وفقير لانه محمول انما على ما كان فى الابتداء ثم انتسخ بقوله انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى وانما على الندب لانه قال فى آخره اما غنيكم فيزكيه الله واما فقيركم فيعطيه الله افضل مما اعطى وقوله فقدره بالنصاب ظاهر قوله ولا يشترط النمو يعنى لا يشترط ان يكون النصاب بالنماء لانها وجبت بالقدرة الممكنة والنمو انما يشترط فيما يكون وجوبه بالقدرة الميسرة كالزكوة على ما عرف فى الاصول وقوله ويتعلق بهذا النصاب يشير الى وجوب نصب قيل وهى ثلث نصاب يشترط فيه النماء يتعلق به الزكوة وسائر الاحكام المتعلقة بالمال وقد تقدم بيانه ونصاب يجب به احكام اربعة حرمة الصدقة ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب ولا يشترط فيه الحولان بالتجارة ولا بالحول ونصاب يثبت به حرمة السؤال وهو ما اذا كان عنده قوت يوم عند بعض وقال بعضهم ان يملك خمسين درهما قوله يخرج ذلك اى المقدار المذكور عن نفسه لحديث بن عمر رضى الله عنهما قال فرض رسول الله صلعم زكوة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعا من تمر او صاعا من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر وقوله لان السبب رأس يمونه ويلى عليه لانه يضاف اليه يقال زكوة الرأس وهى اى الاضافة امارة السببية لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوهه اضافة المسبب الى السبب لحدوثه به فان قيل لو كانت الاضافة امارة السببية لكان الفطر سببا لاضافتها اليه يقال صدقة الفطر وليس كذلك عندكم اجاب بقوله والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته فكانت اضافة مجازية ولهذا يتعدد الرأس مع اتحاد اليوم فعلم ان الرأس هو السبب دون الوقت فان قيل قد يتكرر بتكرر الوقت فى السنة الثانية والثالثة وهلم جرا مع اتحاد الرأس ولو كان الرأس هو السبب لما كان الوجوب متكررا مع اتحاده اجيب بان الرأس انما جعل سببا بوصف المؤنة وهى يتكرر بمضى الزمان فصار الرأس باعتبار تكرر وصفه كالمتكرر بنفسه حكما فكان السبب هو المتكرر حكما قوله والاصل فى الوجوب رأسه طاهر قوله وماليكه يتناول العبيد والمدبرين وامهات الاولاد دون المكاتبين على ما سنذكره وقوله فان كان لهم مال تؤدى من مالهم عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد وهو قول زفر وهو القياس لا يؤدى الا من مال نفسه ولو ادى من مال الصغير ضمن لانها زكوة فى الشرع كزكوة المال فلا يجب على الصغير ولانها عبادة والصغير ليس باهل لوجوبها وجه الاستحسان ان الشرع اجراه مجرى المؤنة حيث اوجب على الانسان فى غيره فاشبه النفقة ونفقة الصغير فى ماله اذا كان له مال وكما يؤدى عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير والمجنون فى ذلك بمنزلة الصغير وقوله ولا يؤدى عن زوجته قال الشافعى يجب على الرجل ان يؤدى صدقة الفطر عن زوجته لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون وهو يمون زوجته ولنا ما ذكره فى الكتاب ومعناه انه صلعم ذكر المؤنة مطلقا والمطلق ينصرف الى الكمال وليس عليه مؤنتها كاملة لانه لا يمونها فى غير الرواتب كالدواء وكذلك لا يتم الولاية وليس له عليها الولاية الا فى حقوق النكاح ولا يؤدى عن اولاده الكبار وان كانوا فى عياله بان يكونوا فقراء زمنى لانه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا كالاجانب قوله ولو ادى عنهم ظاهر وهو استحسان والقياس ان لا يجوز كما اذا ادى الزكوة بغير اذنها وجه الاستحسان ان الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز ان تسقط باداء الغير وان لم يوجد الاذن صريحا وفى العادة

ان المخرج هو الذى يؤدى عنها فكان الاذن ثابتا عادة بخلاف الزكوة فانها عبادة محضة لا تصح بدون الاذن صريحا ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولانه لا يمونه ولا المكاتب عن نفسه لانه لا يملك ما لا ادخر كان كذلك ليس من اهل ملك المال وقد قررناه فى التقرير على وجه لم يسبق اليه فليطلب ثمة وفى المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة لانها لا تنعدم بالتدبير والاستيلاد وانما تختل المالية ولا عبرة لها هيهنا لانه يؤدى عن نفسه واولاده الصغار ولا مالية فيهم ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعى فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافى بينهما فاحتاج الى الجمع بينهما وعندنا وجوبها على المولى بسبب العبد كالزكوة فلو اوجبناها عليه ادى الى الثنى وهو لا يجوز لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا ثنى فى الصدقة والثنى مكسور مقصورا اى لا يؤخذ فى السنة مرتين فان قيل سبب الزكوة فيهم المالية وسبب الصدقة مؤنة رؤسهم ومحل الزكوة بعض النصاب ومحل الصدقة الذمة فاذا هما مختلفان سببا ومحلا فلا يؤدى الى الثنى لان الثنى عبارة عن تثنية شئ واحد وهما شيئان وكانا كنفقة عبد التجارة مع الزكوة اجيب بان الشرع بنى هذه الصدقة على المؤنة فقال ادوا عمن تمونون وهؤلاء العبيد معدة للتجارة لا للمؤنة والنفقة التى تنفق عليهم لطلب الزيادة منهم فيكون ساقطا العبرة بحكم القصد الا يرى ان المضارب يملك هذا الانفاق ويحتسبها دون الاب التجارة واذا سقطت المؤنة حكما فى مال التجارة اشبه السقوط حقيقة ولو سقطت حقيقة بالاباق او الغصب او الكتابة سقطت الصدقة لعدم المؤنة فكذا هنا فعلم بهذا ان سقوط صدقة الفطر هيهنا لزوال سبب الوجوب وهو المؤنة لا لتنافى بين الوجهين وقوله والعبد بين الشريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة فى حق كل واحد وقد تقدم ان الولاية والمؤنة الكاملتين سبب فلم يوجدا قوله وكذا العبيد بين اثنين يعنى لا يجب الصدقة عند ابى حنيفة رح ايضا لا على كل واحد لا يخص من الرؤس دون الاشقاص اى المكسور حتى لو كان بينهما خمسة اعبد يجب على كل واحد منهما صدقة الفطر عن العبدين ولا يجب عن الخامس ابو حنيفة رح مر على اصله فانه لا يرى قسمة الرقيق جبرا فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبدا ومحمد رح كذلك فانه يرى قسمة الرقيق جبرا وباعتبار القسمة يملك كل واحد منهما فى البعض متكاملا والحاق ابو يوسف بمحمد هيهنا مخالف لما ذكر فى المبسوط حيث قال فان كان بينهما مماليك للخدمة فعلى قول ابى حنيفة رح لا يجب على واحد منهم صدقة الفطر عنهم وعند محمد يجب على كل واحد منهما الصدقة فى حصته اذا كانت كاملة فى نفسها ومذهب ابى يوسف رح مضطرب والاصح ان قوله كقول ابى حنيفة وعذره ان القسمة تبتنى على الملك فاما وجوب الصدقة فيبتنى على الولاية لا على الملك حتى يجب الصدقة فيما لا ملك فيه كالولد الصغير وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شئ من هذه الرؤس كما تقدم ووجه قوله اذا كان كقول محمد هو ما ذكره فى الكتاب وهو ما قيل هو بالاجماع اى بعدم وجوب الفطرة فى العبد بين اثنين باجماع علمائنا الثلثة لانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة فلا تتم الرقبة لكل واحد من الشريكين قوله ويؤدى المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا من حديث ثعلبة فى اول الباب وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد ولقوله صلعم فى حديث بن عباس رض ادوا عن كل حر وعبد يهودى او نصرانى او مجوسى ولان السبب قد تحقق وهو رأس يمونه ويلى عليه والمولى من اهله اى من اهل الوجوب لا يقال انما قبل

لان الشرع قابله مقام الذكر وفيه خلاف الشافعي رح لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله وهو يستدل لاثبات
هذا الاصل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلعم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد فان كلمة على للايجاب و
قوله صلعم ادوا عمن تمونون فانما الوجوب على من خوطب بالاداء وهم الموالي وكلمة على في حديث ابن عمر بمعنى عن كما في
قوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون اي عن الناس ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق اما عندنا
فظاهر لان المولى ليس باهل للوجوب عليه ولا للاداء واما عنده فلان تحمل المولى عن مملوكه يستدعي اهلية الاداء في
المكاتب وليس باهل له والوجوب عنده باعتبار تحمل المولى الاداء عنه فاذا انعدم ذلك في حق المكاتب لم يجب اصلا
ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له حتى اذا تم البيع فعلى المشتري وان انفسخ فعلى
البائع **قوله** معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق قال الامام حميد الدين الضرير رح في شرحه هذا من قبيل
اطلاق اسم الكل وارادة البعض لان مضي يوم الفطر ليس بشرط وقال زفر رح على من له الخيار لان سبب الصدقة
الولاية الكاملة والولاية لمن له الخيار لانه ان اجاز تم وان لم يجز انفسخ وقال الشافعي رح على من له
الملك وهو المشتري فان مذهبه ان خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية لانه
اي لان صدقة الفطر بمعنى التصدق من وظائف الملك وما هو كذلك فانه على المالك كالنفقة فانها في مدة
الخيار على المالك ولنا ان الملك موقوف يعني سلمنا انها وظيفة الملك لكن الملك موقوف لانه لو رد لعاد الى
قديم ملك البائع ولو اجيز ثبت الملك للمشتري من وقت العقد وكل ما كان موقوفا فالمبتني عليه كذلك لان
التردد في الاصل يستلزم التردد في الفرع بخلاف النفقة فانها وان كانت تبتني على الملك لكنها تثبت
للحاجة الناجزة اي الواقعة في الحال فلا يقبل التوقف وهذا الجواب بطريق التنزل لا الجواب القاطع فانها لو
كانت وظيفة الملك لما وجبت عليه عن نفسه واولاده الصغار وذكر في التجارة على هذا الخلاف يعني اذا كان
لرجل عبد للتجارة فباعه بعروض التجارة على ان الخيار فحال الحول والخيار باق فزكوته على من يصير له الملك او
من له الملك لان العروض بدل العبد وحولان الحول على البدل كهو لانه على المبدل كذا نقل عن حميد الدين الضرير
وقيل صورته لاحدهما عشرون دينارا وللآخر عرض يساويه في القيمة ومبدأ حولهما على السواء ففي آخر الحول
باع صاحب العرض عرضه من الآخر بشرط الخيار له او للمشتري فازداد قيمة العرض في مدة الخيار قبل تمام الحول
ثم تم الحول فان تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصة الزيادة شيء فان تقرر للمشتري يجب عليه ذلك ايضا عند نا

فصل في مقدار الواجب ووقته لما ذكر وجوب صدقة الفطر وشرطه ومن يجب عليه ومن يجب عنه
شرع في بيان ما يؤدي به صدقة الفطر وقدره وكلامه واضح **قوله** بحديث ابي سعيد الخدري رض روي
عن مروان بن الحكم انه كتب الى ابي سعيد الخدري يستفسر عن صدقة الفطر فقال كنا نخرج في عهد النبي عليه السلام
صاعا من الطعام او صاعا من الشعير ولنا ما رويناه وهو حديث ثعلبة بن صعير وهو مذهب جماعة
من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم قال ابو الحسن الكرخي رح لم ينقل عن احد منهم انه لم يجوز
اداء نصف صاع من بر وما رواه محمول على الزيادة تطوعا وقوله ولهما في الزبيب اي الزبيب والتمر
يتقاربان في المقصود وهو التفكه والاحلاء فانه يشبه التمر من حيث انه حلو يؤكل ولا يطبخ كالتمر **قوله**
ومراده اي مراد محمد او صاحب الهداية دقيق الحنطة او دقيق وسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكعينه
والاولى ان يراعى فيهما اي في الدقيق والسويق القدر والقيمة احتياطا حتى اذا كان منصوصا عليهما تتأدى

باعتبار القدر وان لم يكونا فاعتبار القيمة وتفسيره ان يؤدي نصف صاع من دقيق البر يبلغ قيمته قيمة
نصف صاع من بر واما لو ادى منا ونصف من من دقيق البر ولكن لا يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر او ادى
نصف صاع من دقيق البر ولكن لا يبلغ قيمته نصف صاع من بر لا يكون عاملا بالاحتياط **قوله** وانما نص
على الدقيق في بعض الاخبار يريد به ما روى ابي هريرة رض ان النبي صلعم قال ادوا قبل خروجكم زكوة فطركم
فان على كل مسلم مدين من قمح او دقيق وقوله ولم يبين ذلك في الكتاب اي مراعاة الاحتياط فيهما بالقدر
والقيمة لم يبين محمد في الجامع الصغير اعتبارا للغالب فان الغالب ان قيمة نصف صاع من الدقيق تساوي
نصف صاع من البر او تزيد وان كان يتوهم ان لا يكون كذلك في بعض الاوقات وهو وقت البذر فلذلك
امر بالاحتياط حتى ان وقع ذلك يزيد من الدقيق الى ان يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من البر والخبز تعتبر فيه القيمة
هو الصحيح خلافا لبعض المتاخرين فانهم قالوا يجوز باعتبار العين فانه اذا ادى منوان من خبز الحنطة
جاز لانه لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين فالخبز اولى لانه انفع للفقير والصحيح هو الاول لانه لم
يرد في الخبز نص فكان بمنزلة الذرة والاصل ان ما هو منصوص عليه لا يعتبر فيه القيمة حتى لو ادى نصف صاع
من تمر يبلغ قيمته نصف صاع من بر او اكثر لم يجز لان في اعتبار القيمة ابطال التقدير المنصوص عليه في المؤدى
وهو لا يجوز فاما ما ليس بمنصوص عليه فانه يلحق بالمنصوص باعتبار القيمة اذ ليس فيه ابطال ذلك ثم يعتبر
نصف صاع من بر وزنا فيما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح لان العلماء لما اختلفوا في مقدار الصاع
انه ثمانية ارطال او خمسة ارطال وثلث رطل فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن وذلك دليل
على اعتبار الوزن فيه وروى ابن رستم عن محمد كيلا قال قلت له لو وزن الرجل منوين من الحنطة واعطاه
الفقير هل يجوز من صدقته فقال لا فقد يكون الحنطة ثقيلة في الوزن وقد يكون خفيفة فانما يعتبر نصف
الصاع كيلا لان الآثار جاءت في التقدير بالصاع وهو اسم المكيل **وقوله** والدقيق اولى من البر
واضح قال والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية ارطال بالعراقي اختلف العلماء في الصاع
فقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله هو ما يسع فيه ثمانية ارطال بالرطل العراقي كل رطل عشرون استارا والاستار
ستة دراهم ونصف وقال ابو يوسف رح خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي رح لقوله صلى الله عليه وسلم
صاعنا اصغر الصيعان وهو اصغر بالنسبة الى ثمانية ارطال ولنا ما روى انس رض انه عليه السلام كان
يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رض وكان قد فقد فاخرجه
الحجاج وكان يمن على اهل العراق يقول في خطبته يا اهل العراق يا اهل الشقاق والنفاق ومساوي الاخلاق
الم اخرج لكم صاع عمر ولذلك سمي حجاجيا وهو صاع العراق وقوله وهو اصغر الصيعان جواب عن
ابي يوسف يعني ان صح ما رويتم فهو ليس بحجة لانه اصغر من الهاشمي لان الصاع الهاشمي اثنان وثلثون رطلا
وكانوا يستعملون الهاشمي والنبي عم استعمل العراقي وقال صاعنا اصغر الصيعان **وقوله** ووجوب الفطرة
يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر يعني تعلق وجوب الاداء بالشرط تعلق المشروط بالشرط لا من
تعلق الحكم بالسبب حتى اذا قال لعبده اذا جاء يوم الفطر فانت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد ويجب على
المولى صدقة فطره قبل العتق بلا فصل لان المشروط يعقب الشرط في الوجود وقال الشافعي رح بغروب
الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر يجب عليه الفطرة عندنا وعنده لا يجب

قوله وعلى الرجل ان يخرج عن نفسه ... اي ولده اي عندنا لا يجب لعدم تحقق شرط وجوب الاداء وهو طلوع الفجر من يوم الفطر وعنده يجب لتحقق شرط وجوبه وهو غروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان وهي حيّ له اي وجوب الفطر يختص بالفطر لما روى ان ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر من رمضان وهذا وقته اي وقت الفطر ولنا ان الصدقة اضيفت الى الفطر والاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل اذ المراد فطر ينافي الصوم وهو في اليوم لان الصوم في حال الليل لان الفطر كان يوجد في كل ليلة من رمضان ولا يتعلق الوجوب به فدل على ان المراد به ما ينافي الصوم قوله ويستحب قوله هو الصحيح احترازا عن قول الحسن بن زياد وخلف بن ايوب ونوح بن ابي مريم فان الحسن بن زياد يقول لا يجوز تعجيلها اصلا كالاضحية وقال خلف بن ايوب يجوز تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لا قبله فانها صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وقال نوح بن ابي مريم يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان لان ذلك النصف قرب الفطر الخاص فاخذ حكمه ومنهم من قال في العشر الاخير من رمضان ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب اي لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة وعن هذا قال في الخلاصة لو ادى عن عشر سنين او اكثر جاز قوله وان اخروها عن يوم الفطر لم يسقط يعني وان طالت المدة وكان عليهم اخراجها وقال الحسن يسقط يعني بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت بيوم العيد فكانت كالاضحية تسقط بمضي ايام النحر ولنا ما ذكر ان وجه القربة فيها معقول لانها صدقة مالية وهي قربة مشروعة في كل وقت لدفع حاجة الفقير والاغناء عن المسئلة فلا يتقيد دون وقت الاداء فيها بل يجوز ان يتعدى الى غيره فلا يسقط بعد الوجوب الا بالاداء كالزكاة بخلاف الاضحية فان القربة فيها اراقة الدم وهي لم تعقل قربة ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص والله اعلم

كتاب الصوم

ذكر محمد في الجامع الكبير كتاب الصوم عقيب كتاب الصلوة لان كلا منهما عبادة بدنية بخلاف الزكوة واخره عن الزكوة ههنا لانه كالوسيلة للصلوة باعتبار رياضة النفس ولكن لا على وجه يتوقف تمام الصلوة عليه وجودا وجوازا كما كانت الطهارة كذلك فاخرها خطا لرتبة الوسيلة عن المقصود او قيل قدم الزكوة على الصوم لان الله تعالى قرن ذكر الزكوة بالصلوة في قوله اقيموا الصلوة وآتوا الزكوة وكان الاقتداء بالكتاب اولى كان اسهل ويحتاج ههنا الى معرفة تفسير الصوم لغة وشريعة ومعرفة سببه وشرطه وركنه وحكمه وفي كلامه اشارة الى كلها والفطن يكتفي بذلك قال والصوم ضربان واجب ونفل ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل امر التعريف كذا في النهاية ومعناه ان حقيقة الصوم شرعا ينقسم الى فرض وواجب وتعريفهما على وجه يشملهما عسر فاذا ذكر اقسامها سهل امر تعريفها وكلامه واضح غير انه اطلق الواجب في لفظ المختصر واريد به الفرض والواجب وفي ذلك المحذور المعروف على مذهبنا ويمكن ان يقال اراد بالواجب الثابت علما فيندرج الجزء قوله ولهذا يكفر جاحده بضم الياء وفتح الفاء بلا تشديد ومعناه يحكم بكفر جاحده ومنه لا تكفر اهل قبلتك اي لا تدعهم كفارا قوله والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم بناء على ان الامر للوجوب وكان الواجب ان يكون فرضا لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان واجيب بانه قد خص منه بالاتفاق المنذور والذي ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المريض او ما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء لكل صلوة والنذر بالمعصية فلما خصت هذه المواضع بقي الباقي في حجة لا موجبة قطعا كالآية المؤولة

وخبر الواحد وفيه نظر لان من شرط التخصيص المقارنة والمخصص غير معلوم فضلا عن معرفة كونه مقارنا او لا ولان قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه خص منه المجانين والصبيان واصحاب الاعذار فلم يتعقب به عند اثبات الفرضية واقول في الجواب عن الاول ان الامر لتفريغ الذمة عما وجب عليه بالسبب فان كان السبب الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضا وان كان من العبد يكون واجبا كما في المنذور فرقا بين ايجاب الرب وعبده ثم الامر الوارد من الشارع يكون لاداء ذلك وح لا يلزم ان يكون ليوفوا مفيدا للفرضية كما افاده ليصمه لاختلاف السبب الموجب وهذا يغني عن الجواب عن الثاني وقد قيل في الجواب عنه ان العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان واصحاب الاعذار فلا يكونون داخلين فلا يكون ثمة تخصيص وسببا الاول يعني الفرض الشهر لانه يضاف اليه والاضافة دليل السببية لما تقدم ويتكرر بتكرره فانه كلما دخل رمضان وجب صومه وذلك ايضا دليل السببية وكل يوم سبب وجوب ذلك اليوم لان صوم رمضان بمنزلة عبادات متفرقة لانه تخلل بين يومين زمان لا يصلح للصوم لا قضاء ولا اداء وهي الليالي فصار كالصلوات وهذا اختيار صاحب الاسرار وفخر الاسلام وقال شمس الائمة السرخسي الليالي والايام في السببية سواء وقد عرف ذلك في الاصول قوله وسبب الثاني اي المنذور والمعين هو النذر قوله والنية من شرطه اي من شرط الصوم بانواعه وسنبينه اي سنبين شرط الصوم وتفسيره اي تفسير ذلك الشرط واراد ببيان النية ما ذكره بعد هذا عند قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره واراد ببيان تفسيره ما ذكره بقوله والنية لتعيينه لله تعالى لان النية عبارة عن تعيين بعض المحتملات فكان ما ذكره تفسيرا للنية كذا في بعض الشروح وقوله وجه قوله في الخلافية اي في المسئلة الخلافية وهي ان النية قبل الزوال تجزيه عندنا خلافا للشافعي قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل والصيام مصدر كالقيام وقوله ولانه لما فسد الجزء الاول تطهر وقوله لانه متجز عنده ذكر في الوجيز للغزالي يجوز نية التطوع قبل الزوال وبعده قولان وهذا بشرط خلو اول اليوم عن الاكل وروي ان ابن شريح من اصحابه لم يشترط ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعدما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وهذا لا يقبل التأويل بل ما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل يعني ان معنى قوله لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل لا صيام لمن لم ينو ان صيامه من الليل بل نوى ان صيامه من وقت النية قبل العقد اذا تعقبت فاعلا ومفعولا ولكن تعلقها بكل واحد منهما فانها يتعلق بالفعل دون المفعول كما يقال اتيت فلانا من بغداد فان كلمة من تعلقت بالاتيان لا بالمفعول كذلك ههنا واجيب بانه كذلك لكنه يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه عملا بالنصوص قيل قوله فليصم يحتمل الصوم اللغوي فيحمل عليه عملا بالنصوص واجيب بانه لا يحتمل ذلك ههنا لانه لو كان كذلك لكان الاكل وعدمه سواء فلا فائدة في قوله ومن لم ياكل قوله ولانه دليل معقول ويجوز تفريع على هذا الوجه صلى الله عليه وسلم ان ما رواه ليس بمحمول على شيء مما ذكرنا يكون معارضا لما رويناه فيصار الى ما بعده من الحجة وهو القياس ورد بمعنى لانه يوم صوم لان الصوم فيه فرض وكل ما هو يوم صوم يتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا اي توقف الامساك على ما ذكرنا لان الصوم ركن واحد ممتد يحتمل العادة والعبادة وكل ما هو كذلك يحتاج الى تعيينه للعبادة وهي النية فانها شرطت لتعيينه لله تعالى فان وجدت من اوله فلا كلام فان وجدت

اكثر جعلت كانها وجدت من اوله لان بالكثرة يترجح حقيقة الوجود على العدم فان الاكثر يقوم مقام الكل في
كثير من المواضع كذلك واذا كان كذلك لم يكن اقتران النية بحال الشروع شرطاً بخلاف الصلوة والحج حيث
يشترط اقتران النية بحال الشروع فيها ولا يجعل الاكثر كالكل لان لهما اركاناً مختلفة كالركوع والسجود
والوقوف والطواف فيشترط قرانها بالعقد على اداء لئلا تخلو بعض الاركان عن النية قوله وبخلاف
القضاء جواب عما يقال لو كان الصوم ركناً واحداً ممتداً والنية المتاخرة فيه جائزة كذلك لم يكن في القضاء
اشتراط النية من الليل ووجهه انما كان كذلك لانه اي الامساك توقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل والمعنى
بصوم اليوم ما تعلقت شرعيته بمجي اليوم لا بسبب آخر من نحو القضاء والكفارة فيكون الصوم قد وقع عنه فلا
يكن جعله من القضاء الا قبل ان يقع منه وذلك انما يكون بنية من الليل **وقوله** وبخلاف ما قبل الزوال
جواب عما يقال اذا كان ركناً واحداً ممتداً ينبغي ان يكون اقترانها بالقليل والكثير سواء ووجهها ان الاصل
ان تكون النية مقارنة لحال الشروع ولكن تركنا ذلك اذا قارنت الاكثر لقيامه مقام الكل ولم يوجد فيما
بعد الزوال فترجحت جنبة الفوات قوله ثم قال في المختصر اي مختصر القدوري اذا لم ينو حتى اصبح اجزأته
النية ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح ووجهه ما ذكر في الكتاب قوله
ولا فرق بين المسافر والمقيم يعني في جواز النية قبل نصف النهار خلافاً لزفر رح فانه يقول امساك المسافر
في اول النهار لم يكن مستحقاً لصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية بخلاف امساك المقيم ولنا ان المعنى
الذي لاجله جوز في حق المقيم اقامة النية في اكثر وقت الاداء مقامها في جميع الوقت لم يفصل بين المسافر والمقيم
قال وهذا الضرب من الصوم اراد بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه على ما ذكره في اول الكتاب **قوله**
يتادى بمطلق النية اي بان يقول نويت الصوم وبنية النفل ظاهر وبنية واجب آخر بان ينوي عن كفارة او
قتل وهذا في صوم رمضان مستقيم فاما في النذر المعين فلانه يقع عما نوى من الواجب اذا كانت النية
من الليل ذكره في اصول شمس الائمة وغيره فحينئذ قول المص وهذا الضرب لا يبقى على اطلاقه واجاب شيخ
شيخي العلامة عبد العزيز بانه يمكن ان يقال موجب كلام المص ان يتادى المجموع بالمجموع والبعض بالبعض
والبعض بالمجموع لا ان كل فرد يتادى بالمجموع فيظهر الكلام وجهته وقال الشافعي رح في نية
النفل عابث اي لا يكون صائماً لا فرضاً ولا نفلاً وفي مطلقها له قولان في قول يقع عن فرض الوقت وفي
قول لا يقع عنه قوله لانه بنية النفل دليل على النفل اي انه بنية النفل معرض عن الفرض لما بينهما من المنافاة
فصار كما عرض بترك النية فلا يكون له الفرض ومن هذا يظهر وجه احد قوليه في مطلق النية لانه لم يصر معرضاً
بمطلق النية فيجوز ووجه قوله الآخر ان صفة الفرضية قربة كاصل الصوم فكما لا يتادى اصل الصوم الا بالنية
فكذلك الصفة واذا انعدمت الصفة ينعدم الصوم ضرورة ولنا ان الفرض متعين فيه لقوله عليه السلام
اذا انسلخ شعبان فلا صوم الا رمضان وكل ما هو متعين في مكان فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار
يصاب باسم جنسه بان يقال يا حيوان كما يقال باسم نوعه بان يقال يا انسان واسم علمه بان يقال يا زيد
لا يقال المتوحد في المكان انما ينال باسم جنسه اذا كان موجوداً وفيما نحن فيه انما يوجد بتحصيله فكيف ينال
باسم جنسه لان كونه معدوماً لما لم يمنع ان يقال باسم نوعه بان نوى الصوم المشروع في الوقت لا يمنع
ان ينال باسم جنسه دفعاً للتحكم فان قيل ما ذكرتم يقتضي الاصابة بمطلق النية دون نية النفل او واجب

آخر لان المتوحد في الدار ينال باسم جنسه لا باسم نوع غيره فان زيداً لا ينال باسم عمرو واجاب بقوله او
نوى النفل او واجباً آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة لان الوقت لا يقبلها فبقي له الاصل
اذ ليس من ضرورة بطلان الوصف اذا لم يكن وصفاً مشروعاً بطلان الاصل واصل الصوم جنسه وذلك كاف لوقوعه
اصل الفعل وقد قررناه في الانوار والتقرير ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف رح
لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رح اذا صام المريض
والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه بالحال اذ القضاء لا يلزم في الحال فهو
مؤاخذ به ويخيره في صوم رمضان لانه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من ايام اخر حتى اذا مات قبل الادراك
ليس عليه شيء وهذا الذي اختاره المص من التسوية بين المسافر والمريض مخالف لما ذكره العلامة في التحقيق
فخر الاسلام وشمس الائمة فانهما قالا اذا نوى المريض واجباً آخر فالصحيح انه يقع صومه عن رمضان لان
اباحة الفطر له عند العجز عن اداء الصوم فاما عند القدرة فهو والصحيح سواء بخلاف المسافر فان الرخصة
في حقه تتعلق بعجز مقدر قام السفر مقامه وهو موجود وقال صاحب الايضاح وكان بعض اصحابنا
يفصل بين المسافر والمريض وانه ليس بصحيح والصحيح انهما متساويان وهو قول الكرخي اختاره
المص قوله وعنه اي عن ابي حنيفة رح في نية التطوع من المسافر روايتان في رواية ابن سماعة يقع عن
الفرض لما ذكره في الكتاب انه ما صرفه الوقت الى الاهم وهو اسقاط واجب عليه واما قصد تحصيل الثواب
وهو في الفرض اكثر وفي رواية الحسن يقع عما نوى من النفل لان رمضان في حقه كشعبان في حق المقيم
ونيته في شعبان يقع عما نوى نفلاً كان او واجباً فكذلك هذا واما المريض اذا نوى عن التطوع فان
صومه يقع عن الفرض وهو الظاهر وقال الناطفي قياس التسوية بين المسافر والمريض على رواية نوادر
ابي يوسف يوجب ان يكون في المريض جائزاً عن التطوع **قال** والضرب الثاني ما ثبت في الذمة لا
من الثبوت في الذمة كونه مستحقاً فيها من غير اتصال له بالوقت قبل العزم على صرفه الى ما عليه كقضاء
رمضان وصوم كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد والحلق والمتعة وكفارة رمضان
وكذلك النذر المطلق فاذا كان كذلك لا يجوز الا بنية من الليل لكونه غير متعين ولا بد من التعيين من
الابتداء قوله والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال اي قبل انتصاف النهار سواء كان مسافراً او مقيماً
خلافاً لمالك فانه يتمسك باطلاق ما رويناه من قوله صلعم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولنا
قوله صلعم بعدما كان يصبح غير صائم اني اذاً لصائم عن عائشة رض ان رسول الله صلعم كان يدخل علي
ويقول هل عندكم من غداء فان قلن لا قال اني اذاً لصائم **قوله** ولان المشروع خارج قوله على ما
ذكرنا اشارة الى قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل
قوله ولو نوى بعد الزوال لا يجوز لما تقدم وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين
من شعبان لان الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوماً قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا واشار باصابعه وخنس
ابهامه في الثالثة قوله فان راوه صاموا كلامه واضح **وقوله** ولا يصومون يوم الشك الا تطوعاً و
الشك هو اليوم الذي يحتمل ان يكون آخر شعبان او اول رمضان لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي
يشك فيه انه من رمضان الا تطوعاً **وقوله** وهو المسند على وجوه ذكرها المص خمسة ووجه انحصارها من كون

صام يوم الشك فاما ان يقطع في النية او تردد فيها فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون فيها عليها ولا فان كان

فيها عليه فاما ان يكون في الوقت او في غيره فالوقتي هو الوجه الاول وغيره هو الثاني وان كان في غيرها عليه فهو الثالث

وان كان الثاني فاما ان يكون التردد في اصل النية او في وصفها فالاول الرابع والثاني الخامس وهذا لم يفرق

بين ما يكون بنا آء او ابتداء في التطوع او الواجب الآخر واما اذا فرق فالوجوه سبعة كما ذكر شمس الاسلام

في مبسوطه والمص ذكر الوجهين لكن لم يجعلهما وجهين مستقلين فالاول ان ينوي رمضان وهو مكروه لما روي

من قوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا فان قيل لا يصام صيغة نفي وهو يقتضي

عدم الجواز لانه بمعنى النهي لتحققه حسا وهو يقتضي المشروعية على ما عرف ولانه تشبه باهل الكتاب يعني فيما فيه

بدو ذلك يوجب الكراهة كما تقدم **قوله** ثم اذا ظهر انه رمضان **وقوله** لانه في معنى المظنون لم يقل لانه مظنون

لان حقيقة المظنون ان يثبت له الظن بعد وجوبه بيقين والحال انه قد اداه فشرع فيه على ظن انه لم يؤده

ثم علم انه اداه واما هنا فلم يثبت وجوبه بيقين فلم يكن مظنونا حقيقة الا ان في كل واحد منها الشروع

مسقطا للواجب عنه لا ملزما كان كل واحد منهما في معنى الآخر والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه

ايضا لما روينا من قوله عليه السلام لا يصام الحديث الا ان هذا دون الاول في الكراهة لعدم استلزامه

التشبه باهل الكتاب **وقوله** ثم ان ظهر انه **وقوله** لانه منهي عنه فيكون ناقصا وما في ذمته كامل فلا يتأدى

الكامل بالناقص كما لو صام يوم العيد عن واجب آخر **وقوله** لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان اي

بحديث ابي هريرة رض لا تتقدموا على رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين انما هو بصوم رمضان لانه

هو لا يوجد بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك اجابة دعوة الله يلازم كل صوم فان قيل

فعلى هذا كان الواجب ان لا يكون صوم واجب آخر مكروها اجاب بقوله والكراهة ههنا لصورة النهي قال في النهاية

الا انا اثبتنا الكراهة لتناول عموم نهي حديث آخر وهو قوله لا يصام اليوم الذي يشك فيه الحديث

غير مرات وخبر لصورة النهي لا لحقيقته لان النهي ورد في التقدم بصوم رمضان الا انه لما كان

صوم رمضان في الفرضية اشتبه فيه نوع كراهة والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا

من قوله عليه السلام الا تطوعا وهو باطلاقه حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء بيانه لا يكون حجة

لصوم كان يصومه في ذلك اليوم واستدل على ذلك بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا

بصوم يومين الا ان يكون صوم يصومه رجل فليصم ذلك الصوم وهذا نص على الجواز بناء واجاب المص

بقوله والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان

لانه يؤديه قبل اوانه وفي ذلك تقدم الحكم على السبب وهو باطل والدليل على ذلك ان ما قبل الشهر وقت

التطوع لا الصوم الشهر فلا يتصور التقدم بالتطوع فان قيل صوم رمضان مما يقع فيه فكيف يتصور

التقدم فيه اجيب بان معناه ان ينوي الفرض قبل الشهر وهذا كما يقال مثلا قدم صلوة الظهر على وقته

فان معناه نواها قبل دخول وقتها فان قيل فما معنى قوله عليه السلام يوم او يومين وحكم الاكثر من ذلك

كذلك اجيب بان يوما ويومين ما يصل الى حد الكثرة فيجوز ان يتوهم بان القليل معفو فيجوز كما في

من الاحكام فنفى ذلك **قوله** ثم ان وافق صوما كان **وقوله** وان افرده يعني لم يوافق صوما يصومه

قال محمد بن سلمة الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقال نصر بن يحيى الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة

فانهما كانا يصومانه ويقولان لان نصوم يوما من شعبان احب الينا من ان نفطر يوما من رمضان والمختار ان

المفتي يصوم بنفسه احتياطا عن وقوع الفطر في رمضان ويفتي العامة بالتلوم اي الانتظار الى وقت الزوال ثم

بالافطار نفيا للتهمة اي تهمة الروافض ذكر في الفوائد الظهيرية لا خلاف بين اهل السنة والجماعة انه لا يصام اليوم الذي

يشك فيه انه من رمضان عن رمضان وقالت الروافض يجب ان يصام يوم الشك عن رمضان وقيل معناه لو

افتى للعامة باداء النفل فيه عسى ان يقع عندهم انه خالف رسول الله صلعم حيث نهى عن صوم يوم الشك وهو

المتهمة فيفتيهم بالافطار بعد التلوم نفيا لهذه التهمة والرابع ان يضجع في اصل النية والتضجيع في النية التردد فيها

وكلامه ظاهر والخامس ان يضجع في وصف النية **قوله** بين امرين مكروهين وهما صوم رمضان وواجب آخر

في هذا اليوم الا ان كراهة احدهما وهو صوم رمضان على تقدير كما اشد من الآخر **وقوله** ثم ظهر انه شعبان

فيه مسقطا لا ملزما لان الكلام فيما اذا نوى عن واجب آخر على تقدير وعن فرض رمضان على تقدير فكان مسقطا

للواجب على ذمته وكذا قوله وان نوى عن رمضان ظاهر **قوله** لما مر اشارة الى قوله لعدم التردد في اصل النية

وقوله ومن رأى هلال رمضان وحده ظاهر وقيل يقبلها او لا لم يذكره فان كانت السماء مصحية وهو من المصر

لم يقبل الامام شهادته لانه اجتمع ما يوجب القبول وهو العدالة والاسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر

فترجح جانب الرد لان الفطر من كل وجه جائز بالعذر كما في المريض والمسافر وصوم رمضان قبل رمضان

لا يجوز بعذر من الاعذار فكان المصير الى ما يجوز بعذر اولى وقيد بقوله والسماء مصحية وهو من المصر لانها

لو كانت متغيمة او جاء من خارج المصر يقبل شهادته على ما ذكر ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي

وهو تهمة الغلط فانها تطلق القضاء برد ما شرعا كما في شهادة الفاسق وهي ههنا متمكنة لانه لما ساواهم في

في النظر بان المنظر وحدة البصر وموضع المرئي وبعد المسافة فالظاهر عدم اختصاصه بالرؤية

من بين سائر الناس فيكون غالطا فيورث شبهة عدم الرؤية وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات لان جهة

العقوبة فيها راجحة ولهذا يجري فيها التداخل ولا تجب على المعذور والخاطئ على ما عرف في الاصول ولو افطر

قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه اي في وجوب الكفارة فمن نظر الى ان المورث للشبهة هو

المذكور في الكتاب رد القاضي شهادته قال يوجب الكفارة قبل الرد لانتفاء ما يورثها وتحقق الجناية

ليقينه بالرؤية ومن نظر الى ان يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه لقوله صلعم صومكم يوم تصومون الحديث

وليس ما نحن فيه من اليوم يوم يصوم الناس فيه لانه لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا اداء ولا قضاء فكان يوم

الفطر في حق الناس كافة لعدم التجزي وهذا يقتضي ان لا يجب عليه الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر في حقه

حقيقة وعارضه نص آخر وهو قوله عليه السلام صوموا لرؤيته اورث شبهة الاباحة فيما يندرئ بالشبهات

قال بعدم وجوبها ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط

وقوع الغلط كما روي ان عمر رض خرج في الناس يلتمسون الهلال فقال واحد الهلال يا امير المؤمنين

فامر عمر رض ان يمسح وجهه بالماء ثم قال ارني الهلال فلما لم يره قال رض لعل شعرة من شعرات حاجبك قامت

فحسبتها هلالا والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر يعني بعد الثلثين لا كفارة عليه اعتبارا

للحقيقة التي عنده وعملا بقوله عليه السلام وفطركم يوم تفطرون **قال** واذا كان بالسماء علة

قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال كلامه ظاهر واما قال غير مقبول ولم يقل مردود لان حكم

رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار

ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة ويشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات

غير مقبول وتاويل قول الطحاوي عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا

والعلة غيم او غبار او نحوه

التوقف قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا قوله وفى طلاق جواب الكتاب يعنى العدد وفى
وهو قوله قبل الامام شهادة الواحد العدل يدخل المحدود فى القذف بعد التوبة وهو ظاهر الرواية لانه خبر
اى ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظ الشهادة وعن ابى حنيفة انها لا تقبل لانها شهادة من وجه دون وجه
من حيث ان وجوب العمل به انما كان بعد قضاء القاضى ومن حيث اختصاصه بمجلس القضاء ومن حيث اشتراط
العدالة وكان ذلك فى شهادة احد قوله يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا يعنى قوله لانه امر دينى وقد صح ان
النبى عم قبل شهادة الواحد فى هلال رمضان قال ابن عباس ثم جاء اعرابى الى النبى صلعم فقال انى
رايت الهلال يعنى هلال رمضان فقال أتشهد ان لا اله الا الله قال نعم قال أتشهد ان محمدا رسول الله قال
نعم قال يا بلال اذن فى الناس ليصوموا غدا وفيه دليل على قبول خبر الواحد كما ترى وقوله وصاموا ثلثين
يوما يعنى فلم يروا الهلال لا يفطرون وهى مادوى عن محمد ما نقدر ان الشىء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت
ابتداء كبيع الطريق والشرب وقوله كاستحقاق الارث بناء على النسب انما يثبت على قولها دون قول ابى
حنيفة وقوله اذا لم يكن بالسماء علة ظاهر وقوله ولا فرق بين اهل المصر اى لا فرق فى عدم القبول
اذا لم يكن فى السماء علة بين اهل المصر ومن خرج وهو خارج وذكر الطحاوى انه يقبل شهادة الواحد
اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه اى الى ما ذكره الطحاوى الاشارة فى كتاب الاستحسان ولفظه
فان كان الذى شهد بذلك فى المصر ولا علة فى السماء لم يقبل شهادته ووجه الاشارة ان التقييد فى
الرواية يدل على نفى ما عداه فكان تخصيصه بالمصر ونفى العلة فى عدم قبول الشهادة دليلا على قبولها اذا
كان الشاهد خارج المصر او كان فى السماء علة وكذا اذا كان فى مكان مرتفع فى المصر يقبل قوله
ومن راى هلال الفطر فانه وكذا قوله اذا كان بالسماء علة وقوله وهو الاصح احتراز عما روى فى النوادر
عن ابى حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به امر دينى وهو ظهور وقت الحج قوله لانه تعلق به نفع
العباد دليل الاصح وقوله واذا لم يكن بالسماء علة يعنى فى هلال الفطر وقوله كما ذكرنا اشارة الى قوله لان
التفرد فى مثل هذا الحال اى الى آخره وقوله ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثانى فى قبيل الصبح لاول
طلوعه وقيل لاستنادته وانتشاره قال شمس الائمة الحلوانى الاول احوط والثانى ادفق قوله والخيطان
يعنى ان الخيط الابيض اول ما يبدو من الفجر الصادق وهو المستطير اى المنتشر المعترض فى الافق كالخيط
الممدود والخيط الاسود ما يمتد من غبش الليل وهو الفجر المستطيل والكاذب وذنب السرحان شبها بخيطين
ابيض واسود ومن صنعة علم البيان واكتفى ببيان الخيط الابيض بقوله من الفجر عن بيان الاسود لان البيان
فى احدهما بيان فى الآخر وقوله والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية قيل
هو منقوض طردا وعكسا اما عكسا فبأكل الناسى فان صومه باق والامساك فايت واما طردا فبغير الاكل
طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لما ان النهار اسم لزمان هو من طلوع الشمس وكذلك فى الحايض والنفساء فان
هذا المجموع موجود والصوم فايت واجيب عن الاول بمنع فوات الامساك لان المراد به الامساك
الشرعى وهو موجود وعن الثانى بان المراد بالنهار النهار الشرعى وهو اليوم بالنص وهو قوله تعالى وكلوا واشربوا
حتى يتبين لكم الخيط الابيض الآية وعن الحايض ان الحايض خرجت عن اهلية الاداء شرعا وقوله والطهارة
عن الحيض والنفاس شرط المراد بالطهارة بهما عدمهما لا ان يكون المراد بها الاغتسال والله اعلم

باب ما يوجب القضاء والكفارة

لما فرغ من بيان انواع الصوم
وتقسيمه شرع فى بيان ما يجب عند ابطاله لانه امر عارض على الصوم فناسب ان يذكر مؤخرا واذا اكل الصائم او شرب
او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك رح لوجود ما يضاد الصوم ووجود مضاد الشىء معدم له
لوجود الضدين معا فصار كالكلام ناسيا فى الصلوة وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم للذى اكل وشرب
ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك قيل هذا الحديث معارض للكتاب وهو قوله تعالى ثم اتموا الصيام
لان الصيام امساك وقد فات فالآية تدل على بطلانه لانتفائه وكون النص يستلزم انتفاءه لا محالة والحديث
يدل على بقائه كما كان فيجب تركه واجيب بان فى الكتاب دلالة على ان النسيان معفو عنه لقوله تعالى ربنا لا
تؤاخذنا ان نسينا او اخطأنا فكان الحديث موافقا للكتاب فيعمل به ويحمل قوله ثم اتموا الصيام على حالة انتفاء
الاتمام عمدا لان الاتمام فعل اختيارى فيكون ضده المفوت له كذلك والنسيان ليس باختيارى فلا يفوته فان
قيل سلمنا ذلك لكن النص ورد فى الاكل والشرب على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع اجاب بقوله
واذا ثبت هذا فى الاكل والشرب ثبت فى الوقاع للاستواء فى الركنية يعنى ثبت بالدلالة لا بالقياس لان كلا منها
نظير الآخر فى كون الكف عن كل منها ركنا فى باب الصوم قوله بخلاف الصلوة جواب عن قوله فصار كالكلام
ناسيا فى الصلوة وهو واضح وكذا قوله ولا فرق بين الفرض والنفل قوله ولو كان مخطيا بان كان ذاكرا
للصوم غير قاصد للشرب فتمضمض فسبقه الماء فدخل حلقه او مكرها فعليه القضاء عندنا خلافا فالشافعى فانه
يعتبره بالناسى فان الناسى قاصد للشرب دون الخاطى فاذا كان فعل القاصد معفوا ففعل غير القاصد
اولى ولنا انه لا يغلب وجوده اى لا اعتبار فاسد لانه على خلاف القياس وكذا الالحاق بالدلالة لانه ليس
فى معنى النسيان فان النسيان غالب الوجود والخطأ والاكراه ليسا كذلك ولان النسيان من قبل صاحب الحق
بخلاف غيره فيعتبره انه كالمقيد والمريض فى قضاء الصلوة فان المقيد اذا صلى قاعدا بعذر القيد قضى بخلاف
المريض فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلاث لا يفطرن الصايم القى والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد
صورة الجماع ولا معناه اما الاول فلعدم ايلاج الفرج فى الفرج واما الثانى فلعدم الانزال عن شهوة
بالمباشرة اعنى بمس الرجل المرأة وكذا اذا نظر الى وجه امرأة او فرجها فامنى اى انزل المنى لا يفطر لما
بينا انه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى فصار كالمتفكر فى امرأة حسناء اذا امنى وكالمستمنى بالكف يعنى
اذا عالج ذكره بيده حتى امنى لا يفطر على ما قالوا اى المشايخ وهو قول ابى بكر الاسكاف وابى القاسم لعدم
الجماع صورة ومعنى وعامتهم على انه يفسد صومه قال المص رح فى التجنيس الصايم اذا عالج ذكره حتى
امنى يجب عليه القضاء هو المختار لانه وجد الجماع معنى قيل فيه نظر لان معنى الجماع يعتمد المباشرة على
ما قلنا ولم يوجد واجيب بان معناه وجد بما هو المقصود من الجماع وهو قضاء الشهوة وهل يحل له
ان يفعل ذلك ان اراد الشهوة لا يحل له لقوله عليه السلام ناكح اليد ملعون وان اراد تسكين ما به من الشهوة
ارجو ان لا يكون عليه وبال ولو ادهن او احتجم لم يفطر لعدم المنافى قوله لما روينا يعنى به قوله عليه السلام
ثلث لا يفطرن الصايم ولو اكتحل لم يفطر وان وجد طعمه فى حلقه لانه ليس بين العين والدماغ منفذ فما
وجد فى حلقه من طعمه انما هو اثره لا عينه فان قيل لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع اجاب بان الدمع
يترشح كالعرق يعنى انه داخل من المسام والداخل منها لا ينافى كما اذا اغتسل بالماء فوجد برودة الماء

في كبده فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل وذلك لما روى معبد بن هوذة الانصاري عن النبي عم
انه قال عليكم بالاثمد المروح وقت النوم وليتقه الصائم اجيب بان النبي عم ندب الى صوم عاشوراء
والاكتحال فيه وقد اجمعت الامة على الاكتحال ليوم عاشوراء فهو راجح على الاول قوله قبل ولم ينزل لم يفسد
صومه لعدم المنافي صورة ومعنى على ما ذكرنا بخلاف الرجعة والمصاهرة فانهما يثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا
بالمس وان لم ينزل لان حكمهما ادير على السبب فيثبت بسبب الجماع كما تثبت به ولهذا يتعلق بعقد النكاح
لان مبناها على الاحتياط اما فساد الصوم فانه يتعلق بالجماع اما صورة او معنى لا بسببه حتى لم يفسد
بعقد النكاح وفيما نحن فيه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى فلم يفسد الصوم وقوله على ما ياتي في
اي في باب الرجعة فان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع وهو قضاء الشهوة
بالمباشرة ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية
لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولهذا لان الكفارة اعلى عقوبات الفطر لافطاره فلا يعاقب بها الا بعد
بلوغ الجناية نهايتها ولم تبلغ نهايتها لان ههنا جناية من جنسها ابلغ منها وهو الجماع صورة ومعنى قوله
ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اختلف المشايخ في مرجع هذا الضمير في قول محمد رح فقال بعضهم اراد
به الامن عن الوقوع في الجماع وقال بعضهم اراد به الامن عن خروج المني وقوله ويكره اذا لم يامن
قوله وان اطلق فيه في الحالين اي في جواز القبلة في حال الامن على نفسه وعدمه والحجة عليه ما ذكرنا
يعني قوله لان عينه ليس بمفطر الخ والمباشرة الفاحشة وهي ان يعانقها متجردين ويمس ظاهره فرجها
مثل التقبيل في ظاهر الرواية يكره اذا لم يامن ولا يكره اذا امن وعن محمد وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة انه
كره المباشرة الفاحشة للصائم لانه قل ما يخلو عن الفتنة قوله واختلفوا يعني المشايخ في المطر فقال بعضهم
المطر يفسد والثلج لا يفسد وقال بعضهم على العكس وقال عامتهم بافسادهما وهو الصحيح لحصول المفطر
معنى ولامكان الاحتراز عنه اذا اواه خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه فان كان قليلا لم يفطر وان
كان كثيرا افطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولو
اكل القليل من خارج افطر على ما ذكر فكذا اذا اكل من فمه ولنا ان القليل تابع لاسنانه لانه لا يمكن الاحتراز
عنه وكان بمنزلة ريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد بخلاف الكثير لانه لا يبقى بين الاسنان فكان الاحتراز عنه ممكنا
والفاصل مقدار الحمصة وهو كثير وما دونه قليل بخلاف قدر الدرهم في باب النجاسة فانه الفاصل بين القليل
والكثير وهو داخل في القليل لانه اخذ من قدر موضع الاستنجاء وذلك القدر في الاستنجاء معفو
حتى لم يعتبر الاستنجاء واكتفى في اقامة سنة الاستنجاء بالحجر والمدر وهو لا يقلع النجاسة فصار قدره
معفوا في غير موضع الاستنجاء ايضا قياسا عليه واما ههنا فقدر الحمصة لا يبقى في فرج الاسنان غالبا
فلا يكون ملحقا بالريق فصار كثيرا قوله واخرجه واخذ بيده ظاهر قوله لانه طعام متغير فصار كاللحم
المنتن ولابي يوسف رح انه يعافه الطبع اي يكرهه فصار من جنس ما لا يتغذى به كالتراب قال
فان ذرعه القيء الذي سبق الى فيه وغلبه مخرج وهو لا يفسد الصوم لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه
ومن استقاء عمدا فعليه القضاء الحديث وقاء واستقاء متعديان يقال قاء ما اكل واستقاء وتقيأ تكلف
في ذلك وكلامه واضح الا في مواضع ننبه عليها قوله يستوي فيه اي في القيء الذي ذرعه قوله فلو عاد وهو ذاكر

ذرعه

ذرعه وقوله عن محمد لا يفسد قيل وهو الصحيح لانه كما لا يمكن الاحتراز عن خروجه لا يمكن عن عوده فجعل عفوا
قوله لانه خارج تعليل ابي يوسف رح وقوله ولا صنع له في الادخال تعليل محمد رح قوله فان استقاء الخ
يشير الى انه لو استقاء ناسيا لصومه لا يفسد صومه كما لو اكل ناسيا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام
ومن استقاء عمدا فعليه القضاء قوله قضاء عن ابي يوسف قوله لما ذكرنا يريد به عدم الخروج وعنه
اي عن ابي يوسف وقوله لكن الصحيح وهو الاستقاء وصنع الاعادة ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر
لوجود صورة الفطر باتصال الشيء الى باطنه ولا كفارة عليه لعدم معنى الفطر وقد تقدم ان الكفارة انما
عقوبة في الافطار فيحتاج الى كمال الجناية لان في نقصانها شبهة العدم وهي تندرئ بالشبهات وقال مالك
تجب عليه لانه مفطر غير معذور وكل من هو كذلك تجب عليه عنده قوله ومن جامع عمدا ظاهر وقوله اعتبارا
بالاغتسال يعني اذا دخل ولم ينزل وجب عليه الغسل فكذلك الكفارة فان قيل الكفارة تندرئ بالشبهات
وانتفاء معنى الجماع لان قضاء الشهوة يتحقق دون الانزال والانزال شبع وليس بشرط الا ترى ان
اكل لقمة وجب عليه الكفارة وان لم يوجد الشبع والى هذا اشار بقوله وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه
ولو جامع في الموضع المكروه فعن ابي حنيفة في وجوب الكفارة روايتان في رواية الحسن لا كفارة عليه
اعتبارا بالحد عنده فانه لم يجعل هذا الفعل جناية كاملة في ايجاب العقوبة التي تندرئ بالشبهات وهي
عقوبة تندرئ بالشبهات كالحد وفي رواية ابي يوسف عنه ان عليه الكفارة وهو الاصح لانها جناية متكاملة
لقضاء الشهوة انما يدعي ابو حنيفة رح النقصان في معنى الزنا من حيث انه لا يحصل به افساد الفراش ولا
معتبر به في ايجاب الكفارة ولا يلزم من انتفاء ما هو عقوبة كاملة انتفاء ما فيه معنى العقوبة ولو جامع ميتة
او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل فان انزل فعليه القضاء لانه فات صورة الكف فصار كالجماع فيما
نعتمد الجناية الكاملة وتكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد الا ترى ان الطباع السليمة تنفر
عنها فانما تحصل بقضاء الشهوة فذلك لغلبة الشهوة او لفرط السفه فهو كمن يتكلف لقضاء شهوته بيده
لا يتم جنايته في ايجاب الكفارة فكذا هذا قوله اعتبارا بماء الاغتسال والمعنى ان بين موضوعها وموضوع
الزوج فيها فيحملها عنها كثمن ماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر في نهار رمضان متعمدا فعليه
ما على المظاهر وكلمة من ينتظم الاناث كالذكور قال الله تعالى ومن يقنت منكن ولان سبب الكفارة جناية
افساد الصوم لا نفس الوقاع لانه تصرف في ملكه وقد شاركته في ذلك فوجبت عليها كما وجبت عليه وهذا جواب
عن قوله الاول وقوله ولا تحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيها التحمل جواب عن قوله الثاني ولو اكل او شرب
ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بالنص
على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة بيانه ان الاعرابي جاء الى رسول الله صلعم تائبا نادما والتوبة
دافعة للذنب بالنص ومع ذلك اوجب النبي عم الكفارة فعلم انها ثبتت على خلاف القياس وما كان كذلك
لا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وهو الافطار صورة
بايصال الشيء الى الجوف ومعنى بقضاء الشهوة لما روى ابو هريرة رض عن النبي عم من افطر في رمضان فعليه ما على
المظاهر ولم يبين السبب المفطر ولما روي ان رجلا سأله فقال يا رسول الله افطرت في رمضان فقال عم
من غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال اعتق رقبة ولم يسأله عما افطر به فدل على ان الحكم لا يختلف الا ترى انه سأل

عن حالة بالمرض والسفر لاختلاف حكم الحال والجناية بالافطار على وجه الكمال قد تحققت فان قيل ما ذكرتم
يدل على عدم انحصار الكفارة في الوقاع ومتى عاكم الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة بين الدليل والمدلول
اجيب بان المقصود الاصلي هو ذلك واما وجوب الجناية على وجه الكمال فثابت بمساعدة الخصم لكنه يقول
على وجه خاص ونحن ننفيه وعورض بان الكفارة بنفس الوقاع لان النبي صم ما الزم الكفارة الا في مقابلة
ما سُئل عنه من الوقاع والجواب ان تعلقها به اما ان يكون من حيث انه وقاع او من حيث انه وقاع في
نهار رمضان فان كان الاول فليس في الاصل بجناية فلا يستلزمها وان كان الثاني فهو مسلم وهو المطلوب
لانه جناية بالافطار على وجه الكمال بجهة خاصة واذا كان غيره في معناه الحق به ولانه لا ينافيه وتمام تقريره
مذكور في التقرير قوله وبايجاب الاعتاق تكفيرا جواب عن قول الشافعي لا ارتفاع الذنب بالتوبة تقريره
لا نسلم ان هذه الجناية ترتفع بالتوبة فان الشرع لما اوجب الاعتاق كفارة لهذه الجناية علم انها غير مكفرة
لها بالجناية السرية وانها حيث لا ترتفعان بمجرد التوبة بل بالحق قوله والكفارة تعلقت كفارة الظهار
لما رويناه يعني من حديث ابي هريرة وحديث الاعرابي وهو مشهور ظاهر وقوله يفرق قد تقدم معناه
قوله وهو اي حديث الاعرابي حجة على الشافعي رح في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وهو واضح وعلى مالك
في نفي التتابع للنص عليه بقوله عليه السلام صم شهرين متتابعين قال في النهاية ما معناه ان نسبة التخيير
الى الشافعي رح ونفي التتابع الى مالك سهو بل الشافعي رح يقول بالترتيب كما نقول دل على ذلك كتبهم وكتب
اصحابنا والقائل بعدم التتابع هو ابن ابي ليلى القائل بالتخيير احتج بحديث سعد بن ابي وقاص هو ان رجلا
سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني افطرت في رمضان فقال اعتق رقبة او صم شهرين او اطعم ستين
مسكينا وقلنا حديث الاعرابي مشهور لا يعارضه هذا الحديث فيحمل على ان المراد به بيان ما يتادى الكفارة
في الجملة لا التخيير واحتج القائل بنفي التتابع بالقياس على القضاء وما رويناه حجة عليه لان القياس في مقابلة
النص فاسد قال ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه القضاء اراد بالفرج القبل والدبر
فكان ما دونه هو التفخيذ والتبطين والجماع فيه جماع معنى فاوجب القضاء وليس ثم صورة فلا كفارة عليه
وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة لان الكفارة في افطار صوم وجبت بالنص على خلاف القياس
فلا قياس وليس غيره في معناه لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية لكونها جناية على الصوم والشهر جميعا
وغيره جناية على الصوم وحده لان الوقت غير متعين لذلك فلا يلحق به غيره بخلاف الكفارة في الحج حيث
يستوي فيها الفرض والنفل لان وجوبها لحرمة العبادة وهما فيها سواء ومن احتقن او استعط او استعمل
الدواء بالحقنة او السعوط وهو الدواء الذي يصب في الانف وهما على بناء الفاعل او اقطر في اذنه على
بناء المفعول قال صاحب النهاية كذا وجدت بخط شيخي افطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل وكلاهما واضح
قوله وان داوى جائفة او آمة الجائفة اسم الجراحة وصلت الى الجوف والآمة اسم الجراحة وصلت الى الدماغ
والذي يصل هو الرطب وانما قيد بالرطب لانه في ظاهر الرواية فرق بين دواء الرطب واليابس واكثر مشايخنا
على ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان الدواء اليابس وصل الى جوفه فسد صومه وان علم ان الرطب لم يصل الى
جوفه لا يفسد صومه عنده الا انه ذكر اليابس والرطب بناء على العادة فاليابس انما يستعمل في الجراحة لا يستمسك
راسها فلا يتعدى الى الباطن والرطب يصل الى الباطن عادة فلهذا فرق بينهما ولو اقطر في احليله لم يفطر عنده

حنيفة

حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يفطر وقول محمد رح مضطرب ذكر قوله في الاصل مع ابي حنيفة رح وذكر الطحاوي
في مختصره مع ابي يوسف وقال ابو سليمان الجوزجاني في الاصل بعد ما ذكر قول محمد مع ابي حنيفة ثم ان محمدا شك
في ذلك فوقف وما ذكره لكل واحد من الجانبين ظاهر وانما توقف محمد لانه شك في وجود المنفذ من الاحليل الى
الجوف وتكلموا في الافطار في اقبال النساء فقيل هو على هذا الاختلاف وقيل تشبه الحقنة فيفسد الصوم
بلا خلاف وقيل وهو الاصح وقوله من ذاق بمعنى الذوق بالفم بقوة منبثة في العصب المفروش على جرم
اللسان وادراك الذوق لمخالطة الرطوبة اللعابية المنبعثة من الآلة المسماة بالملعبة بالمذوق ووصوله
الى العصب وليس في هذا المعنى ما يوجب الفطر لا صورة ولا معنى ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد
بسبيل التسبب لان الجاذبة قوية اذا كان صائما فلا يامن ان يجذب منه شيئا الى الباطن قوله لما
بينا اشارة الى التعريض وقوله ومضغ العلك لا يفطر اطلق محمد في الكتاب وهو يدل على ان الكل
واحد والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره المشايخ قوله الا انه يكره استثناء من قوله ومضغ العلك
لا يفطر وقوله ولانه متهم بالافطار يعني ان من يراه يتهمه بانه اكل شيئا فيتهم وقد قال علي
اياك وما سبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره قوله ويكره ظاهر والكراهة تستلزم
عدم الاستحباب ولا ينعكس لان المناجاة لا يوصف بها قال ولا باس بالكحل ودهن الشارب
يجوز ان يكون الفاء منهما مفتوحا فيكونان مصدرين من كحل عينه كحلا ودهن راسه دهنا اذا طلاه
بالدهن ويجوز ان يكون مضموما ويكون معناه ولا باس باستعمال الكحل والدهن فان قيل ما وجه تكرير
مسئلة الكحل فانه قال ولو اكتحل لم يفطر ثم قال ولا باس بالاكتحال اجيب بان الاول وضع العدد
والثاني وضع الجامع الصغير والثالث وضع القدوري ولكل منها فائدة اما فائدة الاول فما استفيد
من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه ان لا يكون مكروها بل يجوز ان يكون مكروها ولا يفطر كما اذا ذاق بلسانه
شيئا فالثاني في نفي ذلك ثم قد يختلف حكم بين الرجال والنساء كما في العلك فاعلم بالثالث انهما لا يختلفان
اذا لم يكن قصد الرجل الزينة وقوله لانه يعمل عمل الخضاب يعني وبالخضاب جاءت السنة لكن لحاجة
غير الزينة والقبضة بضم القاف وقد روي ان رسول الله عليه السلام كان ياخذ من اللحية من طولها وعرضها
اورده ابو عيسى في جامعه وقال من سعادة الرجل خفة لحيته وذكر ابو حنيفة رح في آثاره عن عبد الله
ابن عمر كان يقبض على لحيته ويقطع ما وراء القبضة وبه اخذ ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رحمهم الله قوله
ولا باس بالسواك الرطب بالغداة والعشي ذكر محمد رح في الاصل انه لا باس للصائم ان يستاك بالسواك
الرطب ولم يذكر ان رطوبته بالماء او بالرطوبة الاصلية التي تكون للاشجار ولا ذكر انه بلا ريقه او بالماء
وذكر في الجامع الصغير لا باس بالسواك الرطب بالماء للصائم في الفريضة وكان تفسيرا لما ذكر
في الاصل ويدل على الرطب بالرطوبة الاصلية بالالحاق ولهذا قال المص رح لا فرق بين الرطب الاخضر
وبين المبلول بالماء لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل بين الرطب وبين الغداة والعشي
وينفي به ما قال ابو يوسف ان الرطب بالماء يكره لما فيه من ادخال الماء في الفم وذلك لان ما يبقى من
الرطوبة بعد المضمضة اكثر مما يبقى بعد السواك ثم لم يكره للصائم المضمضة فكذا السواك وقال الشافعي
يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف قال عم فيما يحكيه عن ربه عز وجل الصوم لي وانا اجزي به

مطلوب فى الصايم الطيب عند الله من ريح المسك وما يكون محموداً عند الله فسبيله الابقاء كما فى دم الشهيد والخلوف
حصد بخلف فى ادا المعتبر بايجد لعدم الاكل بالغم لانه بفعله اثر العبادة فالا ليق به الاخفاء وانما عن الريا بخلاف
دم الشهيد فانه اثر الظلم فيحتاج الى الاظهار مرخصه فلا بد من الاستيفاء قوله لما دونا يعنى قوله عليه السلام
خير خلال الصايم السواك **فصل** لما ذكر مسائل الصوم شرع فى هذا الفصل ببيان العوارض
الاعذار المبيحة للافطار فى الصوم وما يتعلق بها وكلامه واضح وحاصله ان الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه
الى ما يزداد بالصوم والى ما يخف به وما يخف به لا يكون مرخصاً لا محالة فجعلنا ما يزداد به مرخصاً لخوف الهلاك
لوجود امر الاصل فى الباب وهو المشقة فيه ومعرفة ذلك اما ان يكون باجتهاده بان يعلم من نفسه انه
تماده او شدته او عينه وجعاً واما بقول طبيب حاذق مسلم والشافعى لم يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو
كما فى التيمم واما السفر فنفسه مرخص لانه لا يعرى عن المشقة فاذا كان مسافراً لا يعتبر الصوم فالصوم
افضل عندنا خلافاً له فكذا انطلق هذه المسألة فى كتب اصحابنا على خلافه ووقعت فى كتب اصحاب الشافعى
فان الغزالى ذكر ان الصوم احب من الافطار فى السفر لتبرأ ذمته استدل الشافعى بقوله عليه السلام ليس من البر
الصيام فى السفر روى جابر بن عبد الله انه قال كان رسول الله عليه السلام فى سفر فرأى زحاماً ورجلاً
قد ظلل عليه فقال ما هذا فقالوا صايم فقال ليس من البر الحديث ولنا ان رمضان افضل الوقتين لان
عدة ايام اخر كالخلف عن رمضان والخلف لا يساوى الاصل بحال وما رواه محمول على حالة الجهد ويحتمل
الجميع على ما ذكرنا فى سبب الحديث وقوله فان مات المريض او المسافر وهما على حالهما اى على المرض والسفر
لم يلزمهما القضاء لانه تعالى اوجب عليهما القضاء فى عدة من ايام اخر ولم يدركا عدة من ايام اخر
وقوله ولو صح المريض الخ **وقوله** وفايدته اى فايدة لزوم القضاء وجوب الوصية بالاطعام بقدر الصحة
والاقامة فاذا اوصى يؤدى الوصى من ثلث ماله لكل يوم مسكيناً بقدر ما يجب فى صدقة الفطر وان لم يوص
وتبرع الورثة جاز وان لم يتبرعوا لا يلزمهم الاداء بل يسقط فى حكم الدنيا وذكر الطحاوى فيه اى فى وجوب
الوصية خلافاً بين ابى حنيفة وابى يوسف وبين محمد فقال ولو زال عنه العذر وقدر على قضاء البعض
دون البعض فانه ينظر ان قضى فيما قدر ولم يفطر فيه ثم مات فلا يلزمه قضاء ما بقى لانه لم يدرك من وقت
قضائه الا قدر ما قضى وان لم يصم فيما قدر عليه حتى مات وجب عليه قضاء الكل فى قول ابى حنيفة وابى يوسف
رحمهما الله لان قدر ما يصلح فيه قضاء اليوم الاول والذى بعده وهلم جراً فلما قدر على قضاء البعض
قدر على قضاء الكل ولم يصم وليس كذلك اذا صام فيما قدر لانه بالصوم تعين انه لا يصلح فيه قضاء
يوم آخر وقال محمد رحمه الله لا يلزمه القضاء الا مقدار ما قدر عليه لانه ما ادرك الا ذلك فلم يلزمه غيره
قال المصنف وليس بصحيح ان قولهما كقول محمد وانما الخلاف فى النذر وهو ان يقول المريض لله على ان اصوم
شهراً فان مات قبل ان يصح لم يلزمه شئ وان صح يوماً واحداً لزمه ان يوصى بجميع الشهر عند ابى حنيفة وابى
يوسف رحمهما الله وقال محمد يلزمه بقدره والصحيح لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فصار كقضاء
رمضان والفرق لهما بين قضاء رمضان والنذر ما ذكر فى الكتاب ان النذر سبب وقد وجد المانع
وهو عدم صحة الذمة فى التزام الاداء فتدارك بالبر واذا وجد السبب المقتضى وزال المانع يظهر الوجوب
لا محالة فصار كصحيح نذر فانه يقبل الاداء واذا ظهر الوجوب ولم يتحقق الاداء يصار الى الخلف وهو العدة

اى المنذور

وفى هذه المسألة السبب ادراك العدة وادراكها لم يتحقق بكماله بل بعضها تحقق فيتقدر بقدره وفيه بحث
من وجهين احدهما ان القضاء يجب بما يجب به الاداء عند المحققين وسبب الاداء شهود الشهر فكذا سبب
القضاء والثانى ان جزء السبب ليس له حكم كله فلا يكون لبعض السبب اثر فى بعض الحكم والجواب عن الاول
ان ذلك ليس فيما يتعلق بنفس الوجوب بل فيما يتعلق بتسليم الواجب او مثله وهو الخطاب وبذا عرف ان
الاقدام ولا تعقل وعن الثانى بان جزء السبب لا يجوز ان يؤثر فى كل الحكم والا لكان هو العلة فافرضنا
بان لا يكون بجزء هذا خلف باطل واما ان يكون جزء السبب علة تامة لبعض الحكم فلا مانع عنه الا ترى
ان بالقدر والجنس يحرم الفضل والنسيئة وباحدهما يحرم النسيئة وكل ذلك قررناه فى التقرير مستوفى
قال وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه الصوم المذكور فى كتاب الله تعالى ثمانية
اربعة منها متتابعة واربعة صاحبها فيها بالخيار اما المتتابع فصوم رمضان وكفارة القتل والظهار واليمين
عندنا واما غيره فقضاء رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزاء الصيد اما صوم رمضان فلا كلام
لاحد فى وجوب التتابع فيه واما غيره فقد ضبط المشايخ بان كل ما شرع فيه العتق كان التتابع فيه
والا فلا فيكون قضاء رمضان مما فيه لمن عليه الخيار ولان النص مطلق والعمل به واجب وفيه بحث
من وجهين احدهما ان القضاء يحكى الاداء والتتابع واجب فى الاداء فكان مغنياً عن تقييد نص
القضاء والثانى ان ابى بن كعب رضى الله عنه قرأ فعدة من ايام اخر متتابعات فهلا اعتبرتم قراءته متقيدة كما فعلتم
بقراءة ابن مسعود بكفارة اليمين والجواب عن الاول ان الامر لو كان على ما ذكرتم لما قال عليه السلام
لمن سأله عن تقطيع قضاء رمضان ذلك اليك ارأيت لو كان على احدكم دين فقضى الدرهم والدرهمين
الم يكن قضاء فقال نعم قال فالله احق ان يعفو او يغفر فانه عليه السلام كان اعلم بذلك وعن الثانى ان قيل
ان قراءة ابى لم يشتهر اشتهار قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فكان كخبر الواحد لا يزاد به على كتاب الله تعالى قوله
لكن المستحب المتابعة اى التتابع مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخر القضاء حتى دخل رمضان آخر
صام الثانى لانه فى وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه خلافاً للشافعى فانه يوجب
مع وجوب القضاء لكل يوم اطعام مسكين ويروى ذلك عن ابى هريرة ويقول القضاء يتوقت بما بين رمضانين
استدلالاً بما روى عن عائشة انها كانت تؤخر قضاء ايام الحيض الى شعبان وهذا بيان منها لاخر وقت ما
يجوز التاخير اليه ثم يجعل تاخير القضاء عن وقته كتاخير الاداء لا ينفك عن موجب فكذا تاخير القضاء
وهذا كما ترى ليس فيه ما يعول عليه لان تاخير القضاء الى شعبان قد يكون اتفاقياً ولو سلم ذلك فايجاب الفدية
لا اصل له لانه لا فدية فى الشرع على الاصل وبالتاخير لم يثبت العجز ولنا ان الله تعالى امر بالقضاء مطلقاً
والامر المطلق لا يوجب الفور بل على التراخى ولهذا لو تطوع جاز ولا تنافى وقد بينا مرويّ عن على وابن
مسعود رضى الله عنهما **وقوله** والحامل والمرضع قال فى الذخيرة المراد بالمرضع ههنا الظئر لان الام لا يلزمها
اذا كان للولد اب لان الصوم فرض عليها دون الارضاع قال الشيخ شيخى عبد العزيز هو ينبغى ان يشترط
فيما لا اب او عدم اخذ الولد ثدى غير الام وقوله لانه افطار بعذر فيه نظر هو عذر ولكن فى نفس الصائم
بل لاجل غيره ومثله لا يعتد به الا ترى انه لو اكره على شرب الخمر بقتل ابنه او ابيه لم يحل له الشرب والجواب
بان الحامل والمرضع مامورة بصيانة الولد مقصودة وهو لا يتأدى بدون الافطار عند الخوف فكانت مأمورة

وتاخير الاداء

بالانقطاع والامر بالانقطاع مع الكفارة التي بناؤها على الزجر عن الافطار لا يجتمعان بخلاف الاكراه فانه ليس كل
احد يأتي قصدا بجناية غيره بل نشأ الامر هنا لنفرض وجود حرمة القتل والحكم يتفاوت بتفاوت الامر قصدا
وضمنا قوله بما اذا خافت على الولد يعني اذا خافت الحامل او المرضع على نفسها لا يجب الفدية بالاتفاق
واذا خافت على ولدها فافطرت وجب القضاء والفدية على اصح اقوال عندهم هو يعتبرونه بالشيخ الفاني فانه
الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فيجب الفدية كفطر الشيخ الفاني ولان فيه منفعة نفسها
وولدها فالنظر الى نفسها يجب القضاء وبالنظر الى منفعة ولدها يجب الفدية ولنا ان الفدية تثبت بالنص
على خلاف القياس فلا يصح القياس فالفطر بسبب الولد ليس في معناه لان الشيخ الفاني عاجز بعد الوجوب
والولد لا وجوب عليه اصلا الا ترى انه لو كان له مال لم يجب على ماله ولم ينضاعف نفعا عن الولد فلا يجب
ايضا وقوله والشيخ الفاني وصف بما يبين المراد به بقوله الذي لا يقدر على الصيام وسمي فانيا لانه قرب
الى الفناء او لانه فنيت قوته ووجوب الفدية عليه مذهبنا وقال مالك لا يجب عليه الفدية لان الاصل وهو الصوم
لم يجب عليه فلا يجب خلفه وقلنا السبب وهو شهود الشهر متقرر ولهذا لو تحمل المشقة وصام وقع عن صومه
وانما يباح له الافطار بعذر ليس بعرض الزوال حتى يصار الى القضاء كالمرض والسفر فوجبت الفدية كما
لو مات وعليه الصوم والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قال اهل التفسير معناه لا يطيقونه فهو
كقوله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا فان قيل روي عن الشعبي انه قال لما نزل قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه
فدية قال اهل التفسير معناه لا يطيقونه فهو كقوله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا فان قيل روي عن الشعبي
انه قال لما نزل قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه كان الاغنياء يفطرون ويفدون والفقراء يصومون فبينا
على انه في بدء الاسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية ثم نسخت بعد ذلك بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر
فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به اجيب بان الاية ان وردت في الشيخ الفاني كما ذهب اليه بعض السلف
فظاهر وان وردت في التخيير فكذلك لان النسخ انما ثبت في حق القادر على الصوم فبقي الشيخ الفاني على حاله
كما كان وقوله ولو قدر على الصوم يعني بعد ما فدى بطل حكم الفداء وصار كان لم يكن ووجب عليه الصوم
فان قيل القدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل الخلف كما لو قدر على الماء بعد ما صلى بالتيمم
وههنا حصل المقصود وهو تفريغ الذمة عما وجب عليه اجيب بان القدرة ههنا على الاصل انما هي قبل
حصول المقصود بالخلف لان دوام هذا العجز الى الموت شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفاني هو الذي يزداد
ضعفه كل وقت الى موته واليه اشار بقوله لان شرط الخلفية استمرار العجز وقوله ومن مات وعليه قضاء رمضان
اي فرضه لان الايصاء بعد الموت غير مقصود وقوله لانه عجز عن الاداء في اخر عمره استعمل الاداء في
موضع القضاء والعجز عن القضاء بحيث لا يرجى فيه معنى الشيخ الفاني فيلحق به دلالة بالطريق الاولى لان عجز الميت
الزم ثم لا بد من الايصاء لالزام الوارث فاذا لم يوص فللوارث ان يخرجه ولا يلزمه واذا اوصى اخرج عنه من
ثلث المال مقدار صدقة الفطر عندنا خلافا للشافعي في جميع ذلك اما خلافه في المقدار فلان المقدار الواجب
عنده مد واما في الباقي فلانه يعتبر هذا الدين بديون العباد بجامع ان كلا منهما حق مالي تجري فيه النيابة
كما ان ديون العباد يخرج من جميع المال وان لم يوص فكذلك هذا ولنا انه عبادة وكل ما هو عبادة لا بد
فيه من الاختيار وذلك بالايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء لان الصوم فعل مكلف

وقد سقطت الافعال بالموت فصار الصوم كانه سقط في حق الدنيا فكانت الوصية باداء الفدية تبرعا بخلاف
دين العباد فانه لا يسقط بالموت لان المقصود ثمه هو المال والفعل غير مقصود لحاجة العباد الى الاموال وكذلك الوصية
بالزكوة وان كان تبرعا يعتبر من الثلث وانما قال ابتداء لان في الاخرة ثواب عن الواجب على الميت والصلوة كالصوم
باستحسان المشايخ فان النص الوارد بالفداء في الصوم غير معقول المعنى فالقياس ان يقتصر عليه لكن النص الوارد
فيه يجوز ان يكون معلولا بعلة مشتركة بينه وبين الصلوة وان كنا لا نعقله والصلوة نظير الصوم بل اهم فامر
المشايخ بالفداء فيها احتياطا وهو منعقد الاصول وقوله هو الصحيح احتراز عما قال محمد بن مقاتل اولا انه
يطعم عنه لصلوة كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع فقال كل صلوة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم
الصحيح لانه احوط وقوله ولا يصوم عنه الولي احتراز عن قول الشافعي في القديم فانه يجوز ذلك في قوله استدلالا
بما روي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي عم انه قال من مات وعليه الصيام صام عنه وليه فهو نص في الباب ولنا حديث
ابن عمر رض لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد فتأول حديث عائشة رضي الله عنها يفعل عنه ما يقوم مقام الصوم
من الاطعام ان اوصى بذلك وقوله ومن دخل في صوم التطوع ذكرنا في فصل القراءة من كتاب الصلوة
وقوله ثم عندنا كانه بيان لمبنى الاختلاف وهو ان الافطار بعد الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا
وعنده مباح فاذا كان فيه مباح كان بالافطار جانيا فيلزمه القضاء واذا كان مباحا لم يكن جانيا
فلا يلزمه القضاء وقوله والضيافة عذر يعني على الاظهر وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ليست بعذر لما روي
ان رسول الله صلعم قال اذا دعي احدكم فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل اي فليدع
لهم ووجه الاظهر ما روي عنه عليه السلام انه كان في ضيافة فجلس رجل من الانصار فامتنع رجل من الاكل وقال
اني صائم فقال عليه السلام انما دعاك اخوك لتكرمه فافطر واقض يوما مكانه ومن المشايخ من قال ان كان صاحب
الدعوة ممن يرضى بمجرد حضوره ولا يتأذى بترك الاكل لا يفطر وان كان يتأذى يفطر ويقضي وقال في الذخيرة
هذا كله اذا كان الافطار قبل الزوال فاما اذا كان بعد الزوال فلا ينبغي له ان يفطر الا اذا كان في
ترك الافطار عقوق الوالدين او احدهما وقوله واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر الاصل في هذا ان
كل من صار في اخر النهار بصفة لو كان عليها في اوله لزمه الصوم فعليه الامساك كالحائض والنفساء
تطهران بعد طلوع الفجر او معه والمجنون يفيق والمريض يبرأ والمسافر يقدم بعد الزوال او الاكل والمفطر
عمدا او خطأ او مكرها او اكل يوم الشك ثم تبين انه من رمضان او افطر على ظن غروب الشمس او تسحر على ظن عدم
طلوع الفجر والامر بخلافه ومن لم يكن كذلك لا يجب عليه الامساك كما في حالة الحيض والنفاس ثم وجوب الامساك
انما هو على قول بعض المشايخ وهو اختيار المصنف على ما تذكره عند قوله اذا قدم المسافر او طهرت الحائض وقال
الشيخ الامام الصفار الصحيح انه على الايجاب لان محمدا رح ذكر في كتاب الصوم فليصم بقية يومه والامر للوجوب
وقال في الحائض اذا طهرت في بعض النهار تدع الاكل والشرب وهذا امر ايضا وقال بعضهم هو على الاستحباب
ذكره محمد بن شجاع لانه مفطر فكيف يجب عليه الكف عن المفطرات وقال ابو حنيفة رح في الحائض طهرت في
النهار لا يحسن لها ان تشرب وتاكل والناس صيام واجيب عن الثاني ان هذا الامساك ليس على
جهة الصوم حتى ينافي الافطار المتقدم وانما هو قضاء لحق الوقت بالتشبه ومعنى قول ابي حنيفة رح لا يحسن
يقبح منها وترك القبيح شرعا من الواجبات وقوله ولو افطرا فيه اي فيما بقي من يومهما لا قضاء عليهما لا

الصوم غير واجب عليه بل الامساك عن الواجب ولا قضاء الا للصوم وصار ما مضى ما بعد من الايام لتحقق السبب وهو
شهود الشهر والاهلية بالاسلام والبلوغ يوم قضيناهما يعني اذا اسلم في بقية النهار او اذا بلغ هذا
لئلا يكون منع قوله لا قضاء عليهما قوله ولا ما مضى اي لا يقضيان ما مضى من الايام قبل البلوغ والاسلام
لعدم الخطاب لانه انما يكون عند الاهلية وكانت منتفية قبلهما فان قيل انتفاء الاهلية في اول النهار
لا يمنع وجوب القضاء فان المجنون اذا افاق في يوم رمضان قبل الزوال ما اكل ونوى الصوم يقع عن
الفرض ولو افطر وجب عليه القضاء مع ان الصوم لم يكن واجبا عليه وقت طلوع الفجر اجيب بانا لا نسلم
ان الوجوب لم يكن ثابتا عليه في ذلك الوقت بل الوجوب في حقه كان ثابتا الا انه لم يظهر اثره عند الاستغراق
فاذا لم يستغرق ظهر اثر الوجوب وقوله وهذا اي ما ذكرنا من عدم وجوب قضاء ذلك اليوم الذي بلغ فيه
الصبي او اسلم الكافر بخلاف الصلوة حيث يجب قضاؤها اذا بلغ او اسلم لما ذكر في الكتاب وهو ما مر
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليهما القضاء لما ذكر فيه وهو
نظير من اصبح ناويا للفطر ثم نوى قبل الزوال ان يصوم اجزاه ولا شك ان نية الفطر منافية للصوم
لكنها منافية حكما لا حقيقة فلا يمنع نية الصوم قبل الزوال وكذلك الكفر مناف للصوم حكما لا حقيقة
وبخلاف ظاهر الرواية لان فيه مساواة الاهل لغير الاهل وجه الظاهر ما ذكر في الكتاب ومبناه كما ترى على التفرقة
بين من هو الاهل وغيره وكذا اكثر المشايخ على التفرقة بينهما في النفل ايضا فالصبي اذا بلغ قبل الزوال ونوى
صوم النفل صح والكافر اذا اسلم وفعل ذلك لم يصح وذكر في الجامع الصغير انهما في صحة نية التطوع سواء
فكان الاختلاف في النفل كالاختلاف في الفرض قوله واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال
فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب لانها بالذمة الصالحة للوجوب وهو ثابت في حقه ولا
صحة الشروع لانه لو صام صح وان كان في رمضان يعني المسافر الذي نوى الافطار فعليه ان يصوم لزوال
المرخص وهو السفر ووقت النية لان فرض المسألة فيما اذا قدم قبل انتصاف النهار وقيل في كلام المصنف
تكرار لان المسألتين كليهما في مسافر قدم المصر في رمضان قبل الزوال واجيب بان المسألة الاولى في غير
رمضان ورد بان قوله لا ينافي اهلية الوجوب يأباه لانه لا يستعمل في غير الفرض واجيب بان معناه لا
ينافي اهلية الثبوت وفيه بعد ولان معناه المعنى المصطلح والصوم هو ان يكون نذرا معينا وصورته في
المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل انتصاف النهار فنذر ان يصوم ذلك اليوم ونواه اجزاه فكانت الاولى
في غير رمضان والثانية فيه فلا تكرار قوله فهذا اولى قيل فيه وجه الاولوية ان المرخص وهو السفر قائم وقت
الافطار في تلك المسألة ومع ذلك لم يبح له الافطار فلان لا يباح في هذه المسألة وهو ليس بقائم فيه اولى
قوله في المسألتين يعني مسافر اقام ومقيما سافر قال ومن اغمي عليه في رمضان الاغماء اما ان
يكون مستغرقا او لا والثاني اما ان يحدث في اول ليلة او في غيرها فان كان في غيرها سواء كان ليلا او نهارا
لا يقضي صوم ذلك النهار الذي حصل فيه او في ليلته الاغماء وكذا اذا كان في اول ليلة لان الامساك موجود
لا محالة وكذا النية ظاهرا لان ظاهر حال المسلم في ليالي رمضان عدم الخلو عن النية والا ولا يقضيه كله لما
ذكر من قوله لانه نوع مرض الخ وكلامه واضح وقوله ومن جن رمضان كله قال شمس الائمة الحلواني انما
يقول جن كله ما يمكنه الصوم فيه ابتداء حتى لو افاق بعد الزوال من اليوم الاخير من شهر رمضان لم يلزمه القضاء

لان الصوم لا يتجزى فيه كالليل وهو الصحيح قوله وهو يعتبر بالاغماء معنى من حيث ان الجنون مرض يخل العقل فيكون
عذرا في التاخير الى زواله لا في الاسقاط كما في الاغماء وقوله ولنا ظاهر وقوله بما يقولان لا يجب عليه الاداء
اي اداء ذلك البعض لانعدام الاهلية وكل من لا يجب عليه الاداء لم يجب عليه القضاء لان القضاء مرتب عليه فصار
كالمستوعب فان المستوعب منع القضاء في الكل فاذا وجد في البعض منع بقدره اعتبارا للبعض بالكل ولنا
ان السبب قد وجد وهو الشهر اي بعضه لان السبب لو كان كله لوقع الصوم في شوال فيكون تقدير الاية والله اعلم
فمن شهد منكم بعض الشهر فليصم كله لان الضمير يرجع الى المذكور دون المضمر والمجنون الذي لم يستغرق جنونه
الشهر قد شهد بعض الشهر فيصوم كله فان قيل يجوز ان يمتنع عن ذلك مانع وهو عدم الاهلية فيما معنى الجواب
بان الاهلية للوجوب بالذمة وهي كونه اهلا للايجاب والاستيجاب وهي موجودة لانها بالادمية فان قيل
لو كان ما ذكرتم صحيحا لوجب على المستغرق ايضا اجاب بقوله وفي الوجوب ما يرد وهي اي الفائدة ثابتة وقيل
المذكور صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه والمستوعب ليس كذلك لانه يحرج في الاداء فلا فائدة
في الوجوب لانه لو وجب لسقط بسبب الحرج بعد الوجوب قضاء كالصبي لان الصبا لو كان ممتدا كان
في الايجاب عليه حرج وهو مسقط فلا فائدة فيه والحاصل ان الوجوب في الذمة لا ينعدم بسبب الاغماء والصبا
والجنون الا ان الاغماء لا يطول عادة فلا يسقط القضاء والصبا يطول فيسقط دفعا للحرج والجنون
يطول ويقصر فاذا طال التحق بالصبا واذا لم يطل التحق بالاغماء والطول في الصوم ان يستوعب الشهر
كله وفي الصلوة ان يزيد على يوم وليلة ثم لا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يبلغ مجنونا والعارض وهو
ان يبلغ عاقلا ثم يجن قيل هذا اي عدم الفرق بينهما الجواب من ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما فقال
ان بلغ مجنونا ثم افاق في بعض الشهر ليس عليه قضاء ما مضى لان ابتداء الخطاب يتوجه اليه الان فكان كصبي
يبلغ وروى هشام عن ابي يوسف انه قال في القياس لا قضاء عليه ولكني استحسن فاوجب عليه قضاء ما
مضى من الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق العارض في شيء من الاحكام وليس فيه رواية عن ابي حنيفة
واختلف فيه المتاخرون على قياس مذهبه والاصح انه ليس عليه قضاء ما مضى كذا في المبسوط والايضاح
يقول هذا اي المروي عن محمد هو مختار بعض المتاخرين منهم الامام ابو عبد الله الجرجاني والامام الرستغفني
والزاهد الصفار رحمهم الله قوله ومن لم ينو في رمضان يعني امسك عن المفطرات لكنه لم ينو صوما ولا فطرا
فعليه قضاؤه قالوا هذه المسألة من خواص الجامع الصغير ولا بد لها من تاويل لانه لا يدل حال المسلم على
لوجود النية كالمغمى عليه في رمضان يجعل صائما يوم اغمي عليه لان ظاهر حاله عدم الخلو عن النية وان لم يعرف
منه فاولوا بان يكون مريضا او مسافرا او متهتكا اعتاد الاكل في رمضان فلم يصلح حاله دليلا على النية
الصوم كذا ذكر فخر الاسلام وادعى انه ليس يحتاج الى التاويل لان حال المسلم دليل اذا لم يعرف منه كما
في المغمى عليه والفرض في هذه المسألة العلم بانه لم ينو شيئا باخباره بذلك والدلالة انما تعتبر اذا لم تخالفها
صريح وقال زفر هو يكون صائما لا قضاء عليه لان صوم رمضان يتأدى بدون النية في حق الصحيح
المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه اداه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير وبكذا روي
عن عطاء وانكر الكرخي ان يكون هذا مذهبا لزفر فقال المذهب عنده ان صوم الشهر كله يتأدى بنية واحدة
كما هو قول مالك وقال ابو اليسر هذا قول له في بعض ثم رجع عنه وانما قيد بالصحيح المقيم نفيا لما يجوز به

صح الاسالة الى غيره لتعين الجهة واعترض بان هبة النصاب من الفقير واحدا لا يجوز مع انه على ما مر فادجه
في الكتاب واجيب بان هذا على قود مذهبكم او بان تاويله ان يكون الفقير مديونا فانه دفع النصاب
اليه جائز بالاتفاق ويجوز ان يقال اراد بالفقير الجنس فكان الدفع متفرقا ولسان ان المستحق هو الامساك
عبادة ولا امساك عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب قد وجدت النية كما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو
للصوم فافطر قبل الزوال او بعده فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة رح وقال زفر رح عليه الكفارة لانه يتادى
عنده بغير نية وقد افسد المستحق عليه شرعا فيجب الكفارة كما لو نوى وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اكل
جعل هذا قول ابي يوسف خاصة اذا اكل قبل الزوال يجب عليه الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فكونه فوت
النية فصار كغاصب الغاصب فان المالك اذا ضمنه فانما يضمنه لتفويت الامكان وتفويت امكان الشيء كتفويته
لا يقال لا نسلم ان التضمين لتفويت الامكان لم لا يكون للاستهلاك او للغصب فيسقط عن الغاصب لان الاستهلاك
شرط التفويت ولا ايضا فالحكم الى العلة الشرط مع قيام صاحب العلة ولم يتحقق الغصب لانه ما ازال يدا
محقة فلم يكن الا للتفويت ووجه قول ابي حنيفة ظاهر مكشوف واما ما قالا من تفويت الامكان فهو
مستقيم في غير ما يندرئ بالشبهات في باب العدوان قوله واذا حاضت المرأة او نفست بضم النون
اي صادفت نفاسا وكلامه واضح وقوله واذا قدم المسافر فقد قدمنا الاصل الجامع لهذا الفرع
وكلامه كما ترى يشير الى اختياره وجوب الامساك اذ لو لم يكن كذلك لا وقع الخلاف فان الشافعي
يقول بعدم الوجوب بناء على ان التشبه خلف والخلف لا يجب الا على من يجب الاصل في حقه كالمفطر
او المخطئ يعني الذي اكل يوم الشك ثم ظهر انه من رمضان او تسحر على ظن انه ليل وكان الفجر طالعا لانه
اخطأ في المضمضة ونزل الماء في جوفه فانه لا يفطر عندنا قلنا لا نسلم ان التشبه خلف لان معنى الشيء لا يكون
خلفا عن الكل بل وجب قضاء لحق الوقت اصلا لان هذا الوقت معظم ولهذا وجبت الكفارة على المفطر
فيه عمدا دون غيره وقد قال عليه السلام من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن ادى فريضة ومن ادى
فريضة فيه كان كمن ادى سبعين فريضة فيما سواه واذا كان معظما وجب قضاء حقه بالصوم ان كان
اهلا او بالامساك ان لم يكن خلفا لا يكون وجوبه مبنيا على وجوب الاصل بخلاف الحائض والنفساء
والمسافر حيث لا يجب عليهم الامساك لتحقق المانع عنه وهو قيام هذه الاعذار فانها كما تمنع عن الصوم
تمنع عن التشبه اما في الحائض والنفساء فلان الصوم عليهما حرام والتشبه بالحرام حرام واما
في المريض والمسافر فلان الرخصة في حقهما باعتبار الحرج فلو لزمنا التشبه عاد على موضوعه بالنقض
قال واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع ومن اخطأ في الفطر بناء على ظنه فسد صومه ولزمه
امساك بقية يومه ويجب عليه القضاء ولا يجب عليه الكفارة ولا يأثم به اما فساد صومه فلانتفاء ركنه
بغلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة بخلاف النسيان واما امساك البقية فلقضاء حق الوقت بالقدر
الممكن كما ذكرنا آنفا او لنفي التهمة فانه اذا اكل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن موضع التهمة
واجب بالحديث واما القضاء فلانه حق مضمون بالمثل شرعا كما فوته قضاه كالمريض والمسافر واما
عدم الكفارة فلان الجناية قاصرة لعدم القصد وبعضهم ما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان جالسا مع الصحابة
رضي الله عنهم في رحبة مسجد الكوفة عند الغروب في شهر رمضان فاتي بعس من لبن فشرب منه هو واصحابه

فامر المؤذن بان يؤذن فلما رقي المئذنة رأى الشمس لم تغب فقال الشمس يا امير المؤمنين فقال عمر بعثناك داعيا ولم
نبعثك راعيا ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير فيه دلالة على لزوم القضاء وعدم الاثم وان جعلت الموضع
موضع بيان بالحاجة فدل على عدم الكفارة ايضا لان السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان والحقت
الليل فان قيل لا يدل عليه عبارة الكتاب هو ما يكون ظانا فاما حكم الشك في ذلك فالجواب انه اذا شك
في طلوع الفجر لا يجب عليه الكفارة واذا شك في غروب الشمس وجب عليه الفرق انه متى شك في غروب الشمس
فافطر فقد حمل الفطر على سبيل التعدي لانه كان متيقنا بالنهار شاكا بالليل واليقين لا يزول
بالشك وفي طلوع الفجر بالعكس وفي كلام المص تصريح بذلك ولكنه قال ينبغي ان يجب الكفارة لان فيه خلاف
المشائخ وقوله والمراد بالفجر الثاني وقوله ثم التسحر السحر آخر الليل عن الليث قالوا هو السدس الاخير
والسحور اسم لما يؤكل في ذلك الوقت وقوله عليه السلام فان في السحور بركة اي في اكله والمراد بالبركة زيادة
القوة على اداء الصوم ويجوز ان يكون المراد نيل زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين ثم تاخير الاكل
التسحر مستحب لما ان نفس التسحر مستحب وتاخيره مستحب ايضا فكان التاخير مستحبا الا ترى انه
قال عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك فان قيل ما وجه جعل
تاخير السحور من اخلاق المرسلين وهو مخصوص باهل الاسلام فان النبي عم قال فرق ما بين صيامنا وصيام
اهل الكتاب اكل السحور اجيب بان المراد به الاكلة الثانية فانها كانت تجري مجرى السحور في حقهم ويجوز ان
يقال لا منافاة بين الحديثين فان الاول يدل على انه من اخلاق المرسلين والثاني يدل على ان اهل الكتاب
ما كان لهم سحور وهذا غير الاول لجواز ان يكون انبياؤهم يتسحرون وقوله الا اذا شك في الفجر ظاهر وقوله
على ظاهر الرواية لا قضاء عليه هو الصحيح لان الليل هو الاصل فلا ينتقل عنه الا بيقين واكبر الرأي ليس
كذلك وقوله في رواية واحدة قال في النهاية اي عليه القضاء والكفارة لان النهار كان ثابتا وقد
انضم اليه اكبر رأيه فصار بمنزلة اليقين وقد اشرنا اليه في الجواب المذكور وانما قال رواية واحدة احترازا
عما اذا كان اكبر رأيه ان الفجر طالع لان فيه روايتين كما ذكرنا آنفا وقوله ومن اكل في رمضان ناسيا
ظاهر لان الاشتباه استند الى القياس لان القياس الصحيح يقتضي ان لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه فاذا اكل
ناسيا فاذا اكل بعده عامدا لم يلاق فعله الصوم فلا يجب عليه الكفارة وقوله لانه لا اشتباه قبل
اذا علم الحديث علم ان القياس متروك فلم يورث شبهة وقوله وجه الاول يعني عدم وجوب الكفارة
قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس وهذا لان الشبهة الحكمية هي الشبهة في المحل وهي التي تتحقق بقيام
الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما سيجيء في كتاب الحدود والقياس دليل
قائم ينفي حرمة الاكل الثاني سواء علم ذلك او لم يعلم كوطء الاب جارية ابنه فانه لا يجب فيه الحد سواء كان
الاب عالما بالحرمة او لا وقوله ولو احتجم صورته ظاهرة وقوله لان الظن ما استند الى دليل شرعي
فان الحجامة كالفصد في خروج الدم من العرق والفصد لا يفسد فكذا الحجامة لا يقال لم لا يجوز ان يكون
كدم الحيض والنفاس فانه ليس فيه وصول شيء الى باطنه ولا قضاء شهوة ومع ذلك يفسد الصوم لان ذلك
ثابت بالنص على خلاف القياس كالاستقاء فان قيل فليكن الحجامة كذلك بقوله عليه السلام افطر الحاجم
والمحجوم اجيب بانه عليه السلام احتجم وهو صائم رواه ابن عباس رض وروي ايضا احتجم عليه السلام وهو محرم

صائم بين مكة والمدينة فكان الحديث معارضا فلا يثبت به شيء لا يقال ما رواه ابن عباس حكاية فعل والقول ناسخ لان القول انما يكون ناسخا اذا لم يكن مأولا وهذا مأول على ما نذكره قوله الا اذا افتاه فقيه يعني ح لا يجب الكفارة والمراد به فقيه يؤخذ منه الفقه ويعتمد على فتواه في البلدة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف وابن رستم عن محمد رحمهم الله لان الفتوى دليل شرعي في حقه فيصير شبهة وان بلغه الحديث وهو قوله عليه السلام افطر الحاجم والمحجوم روى بالواو وبغيره بنصب المحجوم واعتمده فكذا عند محمد لا يجب عليه الكفارة لان قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك يعني لا يسقط الكفارة لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث لجواز ان يكون مصروفا عن ظاهره او منسوخا فانه يعرف تأويله وهو ان النبي عليه السلام مر بهما وهما معقل بن سنان مع حاجمه وهما يغتابان آخر فقال افطر الحاجم والمحجوم اي ذهب ثواب صومهما بالغيبة وقيل انه غشي على المحجوم فصبت الحاجم الماء في حلقه فقال عليه السلام افطر الحاجم المحجوم اي فطر بما يصنع به فوقع عند الراوي انه قال افطر الحاجم والمحجوم يجب الكفارة لانتفاء الشبهة لانها تنشأ من الاعتماد على الظاهر وعند ذلك بمعرفة التأويل فان قيل لا نم ان منشأ الشبهة ذلك وحده بل قول الاوزاعي بذلك منشأ لها ايضا اجيب بان قول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس فان المفطر ما يدخل لا ما يخرج بخلاف قول مالك في اكل الناسي لا يقال في عبارته تناقض لانه قال الا اذا افتاه فقيه وفتواه لا يكون الا بقوله ثم قال وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة وايضا الفتوى في هذا الباب لا يكون الا مخالفا للقياس فكيف يكون شبهة من غير الاوزاعي دونه لانا نقول ذلك بالنسبة الى العامي وهذا بالنسبة الى من عرف التأويل ولو اكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان سواء بلغه الحديث او لم يبلغه عرف تأويله اولم يعرف افتاه مفت او لم يفت لان الفطر بها يخالف القياس والحديث وهو قوله عليه السلام الغيبة تفطر الصائم مأول بالاجماع لان المراد به ذهاب الثواب لم يوجد الدليل المنافي للحرمة في ذاته فلا يكون شبهة بخلاف حديث الحجامة فان بعض العلماء اخذ بظاهره من غير تأويل قوله واذا جومعت النائمة او المجنونة اما صوم النائمة فظاهر واما المجنونة فقد تكلموا في صحة صومها لانها لا تجامع مع الجنون وحكي عن ابي سليمان الجوزجاني قال لما قرأت على محمد بن المسألة قلت كيف يكون صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه انتشر في الافاق في المشايخ من قال كانت كتبته في الاصل مجبورة فظن الكاتب مجنونة ولهذا قال دع هذا فانه انتشر في الافاق واكثرهم قالوا تأويله انها كانت عاقلة بالغة في اول النهار ثم جنت فجامعها زوجها ثم افاقت وعلمت بما فعل بها الزوج فقال نحن وانه فيه لا قضاء عليهما الحاقا بالناسي لان العذر فيهما ابلغ لعدم القصد الا ان الالحاق انما يصح ان لو كانا في معناه من كل وجه وليس كذلك لان النسيان غلب وجوده فيفضي الى الحرج وهذا اي جماع النائمة والمجنونة نادر فالقضاء لا يفضي الى الحرج ولا يجب الكفارة لانعدام الجناية لعدم القصد

فصل فيما يوجبه على نفسه

لما فرغ من بيان ما اوجب الله تعالى عليه من عبادة شرع في بيان ما يوجبه العبد على نفسه لانه فرع على الاول ولهذا شرط ان يكون من جنسه واجب لله تعالى وان لا يكون واجبا بايجاب الله واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى وقال زفر والشافعي في وجهه لا يصح نذره وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة لانه نذر بالمعصية لورود النهي عن صوم هذه الايام

قال صلى الله عليه وسلم لا تصوموا في هذه الايام الحديث والنذر بالمعصية غير صحيح لقوله عليه السلام لا نذر في معصية الله ولنا ان هذا نذر بصوم مشروع لان الدليل الدال على مشروعيته وهو كونه كفا للنفس التي هي عدو الله عن شهواتها لا يفصل بين يوم ويوم فكان من حيث حقيقته حسنا مشروعا والنذر بما هو مشروع جائز وما ذكرتم من النهي فانما هو لغيره المجاور وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى لان الناس اضياف الله تعالى في هذه الايام واذا كان لغيره لا يمنع صحته من حيث ذاته ولقائل ان يقول الامساك في هذه الايام تستلزم ترك اجابة الدعوة اليه وترك الاجابة منهي عنه قبيح فما يستلزمه كذلك والجواب انا لا نم ذلك فانه لو امسك حمية او لضعف او لعدم ما يأكله لا يكون تاركا للاجابة فان قيل الامساك عبادة تستلزمه قلنا كان ذلك قولا بالوجه والاعتبار وفيه تسليم صحته قلنا ان نقول هذا الصوم من حيث انه ترك اجابة دعوة الله تعالى قبيح ومن حيث انه قهر النفس الامارة بالسوء على قصد التقرب الى الله تعالى حسن فيصح النذر لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه فان ما وجب ناقصا يجوز ان يتأدى ناقصا فان قلت سمي لمثل هذا النوع من القبيح مجاورا وهو على خلاف ما في كتب اصحابنا رحمهم الله في اصول الفقه قاطبة فانهم سموه بالمتصل وصفا وما المجاور جمعا مثل البيع عند اذان الجمعة قلت سؤال حسن والتفصي عن عهدة جوابه مشكل وتقريرنا كما قيل كاف لتقريبه فليطلب ثم فانه من مباحث الاصول قال وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين هذه المسألة على وجوه ستة والجميع مذكور في الكتاب في الثلثة الاول وهي ما اذا لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا بالاجماع وفي الواحد يكون يمينا بالاجماع وهو ما اذا نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا وفي الاثنين وهما ان ينويهما او ينوي اليمين لا غير يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف في الاول نذر وفي الثاني يمين ووجوه الاربع المتفق عليها ظاهر وكفى بعدم المنازع دليلا واما وجه الباقيين فلابي يوسف ان النذر فيه اي في هذا الكلام حقيقة لعدم توقفه على النية واليمين مجاز لتوقفه عليها واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز فاذا نوى فالحقيقة مرادة فلا يكون المجاز مرادا واذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا يكون الحقيقة مرادة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين يعني انه ليس من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز لان قوله لله علي صوم يوم النحر موضوع للوجوب ومستعمل في الوجوب وليس بمستعمل في غير الوجوب ايضا حتى يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز غير انه مستعمل فيه من جهتين لا تنافي بينهما تنشأ احديهما من النذر لانه يقتضيه لعينه ولهذا يجب القضاء اذا تركه والاخرى من اليمين لانه يقتضيه لغيره وهو صيانة اسم الله تعالى عن الهتك ولهذا لا يوجب القضاء بل الكفارة وكل واحد من المنشأين دليل شرعي يجب العمل به اذا امكن والعمل بهما ممكن لعدم التنافي بينهما فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض هذا الذي تحمل من كلامه في هذا الموضع ولعل التحقيق بهذه المسألة على مذهبهما افرغ من التوجيهات فمن تشوق اليها فليرجع الى التقرير وقوله ولو قال لله علي يعني ان من نذر صوم سنة فلا يخلو اما ان عينها بقوله هذه السنة او اطلقها بان قال سنة فان كان الاول لزمه صوم السنة الا انه افطر الايام الخمسة وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام ولم يجب عليه قضاء رمضان لان صومه لم يجب بهذا النذر ولو صام الايام الخمسة جاز لما تقدم وان كان الثاني فلنا ان شرط التتابع او لا فان شرط فكذلك حكم المعينة وان لم يشترط لم يجز صوم هذه الايام ويقضي خمسة ايام

يوما خمسة لايام الخمسة وثلثين لرمضان وكلامه واضح ومبنى جواز صوم هذه الايام وعدم جوازه ان ما وجب
كاملا لا يتادى ناقصا وما وجب ناقصا جاز ان يتادى ناقصا قوله والفرق لابى حنيفة رح وهو ظاهر
الرواية يعنى فيما بين النذر والشروع فى الصوم وبين الشروع فى الصوم والصلوة فى الاوقات المكروهة
فان فى النذر يلزم القضاء وفى الشروع فى الصوم لا يلزم وفى الصلوة يلزمه اذا افسدها وحاصل الفرق
بين النذر والشروع فى الصوم ان الشروع احداث الفعل فى الخارج وهو لا ينفك عن ارتكاب المنهى
وهو ترك اجابة الدعوة فيجب ابطاله فلا يجب صيانته ووجوب القضاء يبنى على وجوب الصيانة واما النذر
فانما هو ايجاب فى الذمة وهو امر عقلى وجاز للعقل ان يجرد الاصل عن الوصف فلم يكن مرتكبا للنهى عنه واما
الشروع فى الصلوة فى الاوقات المكروهة فانما صار موجبا للقضاء لان ما شرع فيه لا يكون صلوة حتى
يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فلم يكن الشروع فى الابتداء احداثا لفعل الصلوة فى الخارج
فكان كالنذر فى الانفصال عن ارتكاب المنهى عنه فيجب الصيانة والقضاء بتركها هذا ما سنح لى فى توجيه
كلامه والله اعلم بالصواب

باب الاعتكاف

وجه تقديم الصوم على الاعتكاف
وجه تقديم الوضوء على الصلوة وبين صفته قبل بيان تفسيره لانها اهم من حيث علم الفقه فان قيل
المواظبة ثابتة من غير ترك قالت عائشة رضه ان رسول الله صلعم كان يعتكف فى العشر الاخير من رمضان
حين قدم المدينة الى ان توفاه الله اجيب بانه عليه السلام لم ينكر على من تركه ولو كان واجبا لانكر فكانت
المواظبة بلا ترك معا دليل السنة واما الاعتكاف وتفسيره لغة الاحتباس لانه من العكوف وهو الحبس ومنه قوله
والهدى معكوفا واما تفسيره شريعة فما ذكر انه اللبث فى المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف وهو مركب
من ركنه وهو اللبث لانه ينبئ عنه لغة كما ذكرنا وبعض شرائطه وهو الصوم والنية اما النية فهى شرط فى جميع
العبادات واما الصوم فهو شرط عندنا خلافا للشافعى رح وهو يقول الصوم عبادة وهو اصل بنفسه
وهو ظاهر وكل ما كان كذلك لا يكون شرطا لغيره والا لا يكون اصلا بنفسه فان فرضناه اصلا لا يكون
اصلا هذا خلف باطل ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم رواه عائشة رضه والقياس فى مقابلة النص
المنقول غير مقبول وفيه بحث من وجهين احدهما ان الله تعالى شرع الاعتكاف مطلقا بقوله تعالى ولا تباشروهن
وانتم عاكفون فى المساجد فاشتراط الصوم زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ لا يجوز والثانى ان الاعتكاف
يتحقق فى الليالى والصوم فيها غير مشروع ففى ذلك تحقق المشروط بغير الشرط وهو باطل فدل على انه ليس
بشرط واجيب عن الاول بان الامساك عن الجماع ثبت شرطا لصحة الاعتكاف بهذا النص القطعى وهو
احد ركنى الصوم فالحق به الركن الاخر وهو الامساك عن شهوة البطن بالدلالة لاستوائهما فى الحظر والاباحة
كما الحق الجماع بالاكل والشرب ناسيا فى حق بقاء الصوم بالدلالة لهذا المعنى ثم لما ثبت وجوب الامساك
على المعتكف عن الشهوتين ثبت انه كان صوما وعن الثانى بان الشروط انما يثبت بحسب الامكان وقد امكن
عليها صوم الشهر متتابعا لم ينقطع التتابع بعذر الحيض والصوم فى الليالى غير ممكن قوله ثم الصوم شرط
صحة الاعتكاف الواجب رواية واحدة اى ليس فيه اختلاف الروايات فهو شرط فى جميع الروايات قوله وعلى هذه الرواية
لا يكون اقل من يوم يشير الى انه لو صام ثم جعل تطوعا ثم قال قبل انتصاف النهار على اعتكاف هذا اليوم لا يكون
عليه شئ لان صومه انعقد تطوعا فتعذر جعله واجبا بنذره الاعتكاف قوله وفى رواية الاصل

قالوا هى ظاهر الرواية عن علمائنا الثلثة رحمهم الله وقوله لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا يعنى ان الفرق بين
من شرع فى الاعتكاف والصوم والصلوة متطوعا حيث لم يجب عليه القضاء فى الاول لكونه غير مقدر ووجب عليه فى الاخيرين
لان الصوم مقدر بيوم والصلوة بركعتين وقوله ثم الاعتكاف لا يصح الا فى مسجد يصلى فيه الصلوات بالجماعة
هذا بيان من شرط جوازه ومسجد الجماعة هو الذى يكون له امام ومؤذن اذنت فيه الصلوات الخمس اولا لقول
حذيفة بن اليمان لا اعتكاف الا فى مسجد جماعة وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا يصح الا فى مسجد يصلى فيه الصلوات
الخمس لما ذكر فى الكتاب وقال الاسبيجابى فى شرح الطحاوى افضل الاعتكاف ان يكون فى المسجد الحرام ثم فى
مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله عليه السلام ثم فى مسجد بيت المقدس ثم فى المساجد العظام التى كثر اهلها
وقوله اما المرأة تعتكف فى مسجد بيتها هذا عندنا وقال الشافعى رح لا اعتكاف للرجال والنساء الا
فى مسجد جماعة لان المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وهو لا يوجد فى مساجد
البيوت ولنا ان موضع اداء الاعتكاف فى حقها الموضع الذى يكون صلوتها فيه افضل كما فى حق الرجال
فى مسجد بيتها افضل فكان موضع الاعتكاف مسجد بيتها قال ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان
او الجمعة كلامه واضح الى قوله لانه يمكنه الاعتكاف فى الجامع فانه اذا كان اعتكافه دون سبعة ايام يعتكف
فى اى مسجد شاء وان كان سبعة فصاعدا اعتكف فى مسجد الجامع فلم يتحقق الضرورة المطلقة للخروج
ولنا ان الدليل قد دل على ان الاعتكاف فى كل مسجد مشروع واذا صح الشروع تحقق الضرورة المطلقة
للخروج اليها لان تركها صيانة للاعتكاف لا يجوز لكونه دونها فى الوجوب لكونها واجبة بايجاب الله وهو
واجب بايجاب العبد وليس للعبد اسقاط ما وجب بايجاب الله بايجابه وقوله فلا يتمها فى مسجدين من غير
ضرورة قيد بذلك لانه اذا كان ثم ضرورة مثل ان يعتكف فى مسجد فينهدم جاز له الخروج الى مسجد اخر
لانه مضطر الى الخروج فكان معفوا وقوله وهو القياس لان ركن الاعتكاف هو اللبث فى المسجد والخروج
مفوت له فكان القليل والكثير سواء كالاكل فى الصوم والحدث فى الطهارة وقوله لان فى القليل ضرورة
بيانه ان المعتكف اذا خرج لحاجة الانسان لا يؤمر بان يسرع فى المشى وله ان يمشى على التؤدة فكان القليل
عفوا والكثير ليس بعفو فجعلت الحد الفاصل بينهما الاكثر من نصف يوم اعتبارا بنية الصوم فى رمضان اذا
وجدت فى اكثر اليوم جعلت كانها وجدت فى جميع اليوم لان القليل تابع للكثير وقوله لم يكن له ماوى الا المسجد
يعنى فى غالب احواله ويلزم من ذلك ان يكون اكله فيه قوله ولا باس بان يبيع ويبتاع يعنى ما كان من
حوائجه الاصلية واما ما كان للتجارة فهو مكروه الا ترى الى قوله ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه فاذا
كان لغير المعتكف مكروها فما ظنك بالمعتكف وقوله ولا يتكلم الا بخير يعنى ان التكلم بالشر فى المعتكف
حرمته شديدة فى غيره فكان من قبيل قوله تعالى فلا تظلموا فيهن انفسكم فان الظلم وان كان حراما مطلقا لكنه قيده بالاشهر
لانه فيها اشد حرمة قوله ويكره الصمت قيل معناه ان ينذر ان لا يتكلم اصلا كما كان فى شريعة من قبلنا فنسخ
ان يصمت ولا يتكلم اصلا من غير نذر سابق وقيل ان ينوى الصوم المعهود وهو الامساك عن المفطرات الثلث
مع زيادة نية ان لا يتكلم وهذا موافق للتعليل المذكور فى الكتاب بقوله لان صوم الصمت ليس بقربة فى شريعتنا روى
ابو حنيفة عن عدى بن ثابت عن ابى حازم عن ابى هريرة رضه ان النبى صلعم نهى عن صوم الوصال وصوم الصمت
وقال الزاهدى وهو زكريا بن ابى زائدة قلت لابى حنيفة رح ما صوم الصمت قال ان تصوم ولا تكلم احدا فى يوم الصوم

وقوله لكنه يجاب بما يكون نائما يقتضي جواز التكلم بما هو مباح وذلك تناقض لانا نقول ما ليس بأثم فيه مع عدم الحاجة اليه لان الخير عبارة عن الشيء الحاصل للمرء شأنه ان يكون حاصلا اذا كان مؤثرا والتكلم بالمباح عند الحاجة اليه كذلك وقوله ويحرم على المعتكف الوطي يحتاج الى تأويل لان المعتكف انما يكون في المسجد فلا يتأتى الوطي واولوه بانه جاز له الخروج للحاجة الانسانية فعند ذلك يحرم عليه الوطي لان اسم المعتكف لا يزول عنه بذلك الخروج وذكر في شرح التأويلات انهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون فيرجعون الى معتكفهم فنزل قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه اي لان كل واحد من المس والقبلة من دواعي الجماع اذ هو اي الجماع محظور في الاعتكاف كما انه محظور في الاحرام فكانت الدواعي محرمة فان قيل الجماع يفسد الصوم كما انه يفسد الاعتكاف اجاب بقوله بخلاف الصوم لان الكف اي عن الجماع ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه ولا زال في تحقيقه اصطكت الركب واقصى ما انتهى القدر ان قال الوطي محظور الاعتكاف لان محظور الشيء ما نهي عنه بعد وجوده مما يفسده والوطي في الاعتكاف كذلك لان اللبث في مسجد الجماعة مع الصوم والنية هو حقيقته ثم نهى المعتكف ان يرتكب الوطي وهو معتكف بصريح قوله تعالى ولا تباشروهن معتكفون فتعدت الحرمة الى الدواعي لان الشبهات في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة كما قلنا في الاحرام اي حقيقته التلبية باللسان والقلب ثم بعد ما وجد ذلك صار الوطي حراما بقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فتعدت الحرمة الى الدواعي من المس والقبلة واما الصوم فالوطي ليس بمحظوره على ما ذكرنا من تفسير المحظور فان ركن الصوم الكف عن الوطي ثبت بقوله ثم اتموا الصيام بعد قوله فالآن باشروهن الى قوله حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود لانه ثبت اذا الحرمة الجماع المفوت للركن وهو الكف بالنص الثابت بالامر ضمنا لا مقصودا ضرورة فوات الركن والضرورة لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعي على ما كانت عليه من الحل واعترض بان ظاهر هذا الكلام يدل على ان النهي الضمني لا يقتضي حرمة الدواعي وبانه لم يحرم فيما لا يفضي الى الحرج بكثرة وقوع الحيض ويجوز ان يجاب ايضا بان يبنى الكلام على ان ما كان محظورا على ما عرفت من تفسيره هو الذي يتعدى الى حالة الحيض ليس كذلك بل هذا وليس وقد وجد ان قرية وقوله فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا يعني انزل او لم ينزل بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم فان الليل ليس بمحل له فان قيل الاعتكاف فرع على الصوم والفرع ملحق بالاصل في حكمه ولو جامع ناسيا في نهار رمضان لم يفسد الصوم فكيف يفسد الاعتكاف اجاب بقوله وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان بخلاف الصوم فانه لا مذكر فيه فان قيل وكان الواجب ان يفسد بالاكل ناسيا كالجماع اجيب بان حرمة الاكل ليست لاجل الاعتكاف بل لاجل الصوم حتى اختصت بوقت الصوم بخلاف الجماع فان حرمته لاجل الاعتكاف نصا فكان كالجماع في الاحرام يستوي فيه القاصد وغيره ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع ولهذا فسد به الصوم ولو لم ينزل لم يفسد فان كان حراما لانه ليس في معنى الجماع ولهذا لا يفسد به الصوم فان قيل هلا جعلت نفس المباشرة مفسدا من غير انزال بظاهر قوله تعالى ولا تباشروهن وتلك يتحقق في الجماع فيما دون الفرج اجيب بان المجاز وهو الجماع لما كان مرادا بطل ان يكون الحقيقة مرادة ولان الاعتكاف معتبر بالصوم فيها ونفيها لم يفسد

الصوم وكذا الاعتكاف قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام اي بان قال على ان اعتكف عشرة ايام لزمه بلياليها متتابعة اما لزومها بلياليها فلما ذكر ان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي عرفا يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها واذا حلف لا يكلمه شهرا او عشرة ايام كان ذلك على الايام والليالي الا ترى الى قصة زكريا عليه السلام حيث قال ان لا تكلم الناس ثلاثة ايام الا رمزا وقال ان لا تكلم الناس ثلث ليال سويا والقصة واحدة وتأويلها ما ذكرنا وقوله على سبيل الجمع يدفع ما قيل تد نفرد في اصول الفقه ان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار خاصة والاعتكاف فعل ممتد فيجب ان يراد بالايام النهر دون الليالي وانه لا ينقض القاعدة ووجه ذلك ان العرف جار على ما ذكرنا في لو قال على ان اعتكف يوما اختص ببياض النهار كذا في التحفة واما التتابع فلما ذكر ان مبنى الاعتكاف على التتابع الى آخره وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة فان قيل الحقيقة منصرف اللفظ بدون قرينة اولية فما وجه قوله لانه نوى الحقيقة قلت كأنه اختار ما ذهب اليه بعض ان اليوم مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت واحد معنيي المشترك يحتاج الى ذلك لتعيين المدلول لانه لا ينفي الدلالة وعلى تقدير ان يكون مختاره ما عليه الاكثرون وهو انه مجاز في مطلق الوقت فجوابه ان ذكر الايام على سبيل الجمع صار عرفا عن الحقيقة كما تقدم يحتاج الى النية دفعا للتضاد عن الحقيقة لا للدلالة عليه وقوله ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين ظاهر وقوله وقال ابو يوسف قال في النهاية كان من حقه ان يقول وعن ابي يوسف لما ان هذه الرواية غير ظاهرة عنه والدليل على هذا تمسكه بوجه الظاهر وقوله لان المثنى غير الجمع وقوله لان المثنى غير الجمع ظاهر ولما كان كذلك كان لفظ المثنى ولفظ الفرد سواء ولو قال على ان اعتكف يوما لم يدخل ليلته بالاتفاق وكذا في التثنية الا ان الليلة الوسطى يدخل لضرورة اتصال البعض بالبعض وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الاولى فان قيل لما كان المثنى جمعا وجب ان لا يكتفي في الجمعة بالاثنين سوى الامام وقد اكتفي كما تقدم في باب الجمعة اجيب بان الاصل ما ذكرت هنا لان فيه العمل بوضاع الوحدان والجمع الا انه وجدت في الجمعة معنى لم يوجد في غيره وهو انها سميت جمعة لمعنى الاجتماع وفي الجماعة والتثنية ذلك فكانت التثنية في تحقق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفت بها وجه ظاهر الرواية ان في المثنى معنى الجمع لاجتماع فرد وفرد فيه فيلحق بالجمع احتياطا لامر العبادة وفيه تلويح الى انه انما لم يلحق المثنى بالجمع في الجمعة لعدم الاحتياط في ذلك لان الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين وذلك في الالحاق غير متيقن لان الجماعة شرط على صحتها بالاتفاق وفي كون التثنية بمعنى الجمع تردد لتجاذبه بالفرد والجمع اذ هي بينهما وفي اشتراط الجمع لا تردد في الخروج فكان شرطا واما في الاعتكاف ففي الحاقه بالجمع خروج منها بيقين لان ايجاب الليلتين مع يومين احوط من ايجاب يومين بليلة وهو ظاهر

كتاب الحج

قيل رتب العبادات لما ترتب العبادات التعدد ذلك الترتيب لمعان ذكرت صدر كل باب فاخر الحج الى هنا ضرورة لان ما بعده انما يكون من المعاملات او غيرها والعبادة متقدمة والحج في اللغة القصد وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم ثم الحج واجب على كل حر بالغ عاقل صحيح اذا قدر على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا وانما عدل المصنف عن الافراد الى الجمع في قوله على الاحرار البالغ نظرا الى

ونوعه فانه لا يتأدى الا بجمع عظيم فلما وصف بالوجوب وهو فريضة محكمة كما صنع بالزكوة وقد ذكرناه
هناك ويجوز ان يكون معناه ثابتا ولا ذم فان الوجوب يدل على ذلك وفرضيتها ثبت بالكتاب وهو قوله
تعالى ولله على الناس حج البيت الاية يعنى انه حق واجب لله فى رقاب الناس لا ينفكون عن عهدته الا بالاداء
ولا يجب الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له لما نزل هذه الاية وقال لهم ايها الناس حجوا الحج ( ) فى
كل عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت لاضافته اليه يقال
حج البيت والاضافة دليل السببية فانه لا يتعدد البيت فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند
ابى يوسف حتى ان اخر بعد استجماع الشرائط اثم رواه عنه بشر والمعلى وعن ابى حنيفة رح ما يدل عليه اى
على الفور وهو ما ذكر ابن شجاع عنه انه سئل عمن له مال الحج ايحج به ام يتزوج فقال بل يحج به فذلك دليل على
ان الوجوب عنده على الفور وما ذكر من ان وجه دلالته على ذلك ان فى التزوج تحصين النفس الواجب
على كل حال والاشتغال بالحج يفوته ولو لم يكن وجوبه على الفور لما امر بما يفوته ولو لم يكن وجوبه على الفور لما
امر بما يفوت الواجب مع امكان حصوله فى وقت اخر لما ان المال غاد ورائح وعند محمد والشافعى رح
على التراخى لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت فى الصلوة كما انها جازت فى اجزائه وفيها يجوز الحج
فى اجزاء العمر اشهر الحج وهذا الدليل لمحمد رح لانه يقول بجواز تاخيره كيف وهو ان لا يفوته بالموت فاذا
فوته اثم واما الشافعى رح فانه يقول لا يأثم بالتاخير وان مات فلم يكن عنده كوقت الصلوة وجه الاول
يعنى قول ابى يوسف رح ان الحج يختص بوقت خاص من كل عام وهو اشهر الحج وكل ما اختص بوقت خاص
فقد فات عن وقته لا يدرك الا بادراك ذلك الوقت بعينه والا لا يكون مختصا به وذلك من طول
فى الحياة فالمات لان الموت فى سنة واحدة مشتملة على الفصول الاربعة المتضادة المزاج غير نادر فيضيق
احتياطا لا تحقيقا وانما قال ذلك لئلا يرد عليه انه لو كان متضيقا لوجب ان يكون بعد العام الاول
قضاء وليس كذلك فان التضييق اذا كان احتياطا لا يلزم ذلك والدليل على هذا توضيحه بقوله ولهذا
كان التعجيل افضل يعنى بالاتفاق فان الاستدلال بالافضلية على الوجوب مما لا يكاد يصح وقوله بخلاف
وقت الصلوة جواب عن قوله كالوقت فى الصلوة وثمرة الخلاف لا تظهر الا فى حق الاثم خاصة واما ان الحج
فى العام الثانى اداء كما فى الاول وان التطوع فى العام الاول جائز فلا يشكل احد وتمام هذا البحث فى
اصول الفقه واما شرعنا الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام
والفرق بين الحج والصوم والصلوة ان الحج يحتاج الى الزاد والراحلة والعبد لا يملك من المال شيئا
والصوم والصلوة ليس كذلك وان حق المولى فى الحج يفوت فى مدة طويلة فيقدم حق العبد على حق الله تعالى
بخلاف الصوم والصلوة **وقوله** والعقل لبيان اشتراط العقل **وقوله** وكذا صحة الجوارح لبيان
اشتراط الصحة لان العجز بدونها لازم قوله والاعمى اذا وجد يعنى ان الاعمى اذا ملك الزاد والراحلة
فانه لم يجد قائدا لا يلزمه الحج بنفسه فى قولهم وهل يجب الاحجاج بالمال عند ابى حنيفة رح لا يجب وعندهما
يجب فان وجد قائدا فقد ذكر عنه المصنف رح بقوله من يكفيه مؤنة سفره عند ابى حنيفة رح لا يجب كما فى
الجمعة وعن صاحبيه فيه روايتان فرق على احدى الروايتين بين الجمعة والحج وقالا وجود القائد بدل البصر
ليس بنادر بل هو غالب بخلاف الجمعة وكذلك القائد الى الحج قوله واما المقعد فعن ابى حنيفة رح فى ظاهر

الرواية عنه فى الزمن والمفلوج والمقعد ومقطوع الرجلين ان الحج لا يجب عليهم فان ملكوا الزاد والراحلة حتى
لا يجب عليهم الاحجاج بالمال لان الاصل لما لم يجب لم يجب البدل وهو رواية عنهما وروى الحسن عن ابى حنيفة رح انه
يجب عليه لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة **وقوله** وعن محمد ظاهر **وقوله** ولا بد من القدرة
بيان القول ان قدرتهما على الزاد والراحلة ويعنى بالقدرة بطريق الملك او الاستيجار بان يقدر على ما يكرى
به شق محمل بفتح الميم الاول وكسر الثانى اى جانبه لان للمحمل جانبين ويكفى للراكب احد جانبيه وانه مثل الخشب
التى يحمل عليها المسافر متاعه وطعامه من زمل الشى حمله يقال لها بالفارسية سهادى وقوله وعلى نفقة
ذاهبا وجائيا يعنى بعد الراحلة نفقة وسط بغير اسراف وتقتير وهذا لانه عليه السلام سئل عن السبيل
فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكترى عقبة اى ما يتعاقبان عليه فى الركوب فرسخا بعد فرسخ او منزلا بعد منزل
فلا حج عليه لعدم الراحلة اذ ذاك فى جميع السفر **وقوله** ويشترط ان يكون اى ما يقدر به على الزاد والراحلة
فاضلا عن المسكن بيان لقوله فى اول البحث فاضلا وهو هناك منصوب على الحال من الزاد والراحلة وقيد
بالمسكن والخادم اشارة الى ما ذكره ابن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه وما اشبه ذلك
يجب عليه ان يبيعه ويحج به قوله واثاث البيت يعنى كالفرش والبسط والات الطبخ وثياب اى ثياب
بدنه وفرسه وسلاحه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية والمشغول بها كالمعدوم **وقوله** وحق
العبد مقدم على حق الشرع بامره قال الله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه قوله وليس
من شرط الوجوب على اهل مكة ظاهر ولا بد من امن الطريق وهو ان يكون الغالب فيه السلامة وتوسط البحر
عذر لان شرط وجوبه الاستطاعة ولا استطاعة بدونه لا غير ثم اختلف المشايخ فيه على قول ابى حنيفة رح
انه شرط نفس الوجوب او وجوب الاداء فمنهم من ذهب الى الاول لما ان الاستطاعة لا تثبت دونه وهى
مروية عنه ومنهم من ذهب الى الثانى لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير وثمرة الخلاف
تظهر فى وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن الطريق آمنا فعند الاولين لا يلزمه الوصية وعند
الاخرين يلزمه قال ويعتبر للمرأة ان يكون لها محرم يحج بها للاختلاف المار فى امن الطريق
فى كونه شرط الوجوب او شرط الاداء ثابت فى محرم المرأة والمحرم من لا يجوز مناكحتها على التابيد بقرابة
او رضاع او صهارة ولا يجوز للمرأة ان تحج اذا لم يكن معها محرم او زوج اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام
شابة كانت او عجوزة وان لم يكن لها محرم او زوج لا يجب عليها التزوج كما لا يجب على الفقير اكتساب المال
لاجله وقال الشافعى رح لها ان تحج فى رفقة معها نساء ثقات لحصول الامن عن الفتنة بالمرافقة ولنا قوله
عليه السلام لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام
غيرها اليها فضلا عن حصول الامن وعورض بان المهاجرة تخرج الى دار الاسلام بدونها والحج ليس من
الاركان الخمسة فلان تخرج للحج وهو منها اولى واجيب بان ذلك من ضرورة الخوف على نفسها الا ترى انها
اذا وصلت الى جيش من المسلمين فى دار الحرب حتى صارت امنة لم يكن لها بعد ذلك ان تسافر بدون محرم
فان قيل فسر النبى عليه السلام السبيل بالزاد والراحلة ولم يذكر المحرم اجيب بان ذلك حجة من جعل شرط الاداء
ومن جعله شرط الوجوب قال لم يذكره لان السائل كان رجلا فان قيل لا نسلم ان الفتنة تزداد بانضمام
غيرها اليها فان المبتوتة اذا اعتدت فى بيت الزوج بحيلولة ثقة جاز ولم يكن انضمامها اليها فتنة اجيب بانه

انضمام المرأة اليها يعينها على ما تريد وبشاوريها وتعليم ما عسى تعجز عنه بكبرها وان لم يكن كذلك كان لا فائدة
موضع امن وقدرة على دفع الفتنة وفيه نظر لان مثلها لا تعد ثقة والكلام فيها ولان جواب السند
يناقض جواب المنع والاولى ان يقال هن ناقصات دين وعقل فلا يؤمن ان يخدع فيكون عليها في الانفس
ويتوسط في التوطين والتمكين فنتحرز عن دفعها في السفر وهذا المعنى معدوم في الحضر لامكان الاستغاثة قوله
بخلاف ما اذا كان متصل بقوله اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام فهو واضح وكذا قوله وان وجدت محرما ولنا
ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض الا ترى انه لا يمنعها من صيام شهر رمضان والصلوات والحج
منها حتى لو كان الحج نفلا ان يمنعها ولهذا كان له ان يحللها من ساعته **قوله** وان كان المحرم فاسقا
ظاهر واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او عتق العبد يعني بعد ما احرم فمضيا لم يجز هما عن حجة الاسلام
لان احرامهما انعقد لاداء النفل لعدم الخطاب وشرط الوجوب في حقهما فلا ينقلب لاداء الفرض
واعترض بان الاحرام شرط على ما نذكره كالطهارة والشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا الا ترى
ان الصبي اذا توضأ ثم بلغ بالسن فصلى بتلك الطهارة جازت صلوته فما بال الحج لم يجز بذلك الاحرام
والجواب ان الاحرام عندنا انما يكون بالنية على ما سياتي وبها يصير شارعا في افعال الحج فصار كصبي
توضأ وشرع في الصلوة وبلغ بالسن فنوى ان يكون تلك الصلوة فرضا لا ينقلب اليها ولو جدد الصبي
الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم
لعدم الاهلية ولهذا لو تنا ول محظورا لم يلزمه شيء واذا كان كذلك جاز الفسخ والشروع في غيره
واما احرام العبد فلازم لكونه مخاطبا ولهذا لو اصاب صيدا كان عليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه
بقتل الصيد وهو ليس من اهل التكفير بالمال فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره وانما طريق خروجه من
ذلك الاحرام اداء الافعال فسواء جدد التلبية او لم يجددها هو باق على ذلك الاحرام فلا يجزيه من
حجة الاسلام

فصل

لما فرغ من ذكر من يجب عليه الحج وذكر شروط
الوجوب وما يتبعها شرع في بيان اول ما ينبغي ان يبتدأ بها من افعال الحج وهي المواقيت التي لا يجوز ان يجاوز
بها الانسان الا محرما والمواقيت جمع الميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير المكان
للوقت في قوله تعالى هنالك الولاية والمواقيت خمسة كما ذكره في الكتاب **قوله** هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم
المواقيت لهؤلاء قيل عليه كيف كان التوقيت لاهل العراق ولم يكونوا مسلمين اجيب بانه
عليه السلام علم بطريق الوحي ايمانهم فوقت لهم على ذلك **قوله** وفائدة التاقيت واضح **قوله** على قصد
دخول مكة قيد به لانه لو لم يقصد ذلك ليس عليه ان يحرم قال في النهاية اعلم ان البيت لما كان معظما
مشرفا جعل له حصن وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم حرم وهو المواقيت حتى لا يجوز لمن دونه ان يتجاوزه
الا بالاحرام تعظيما للبيت والاصل فيه ان كل من قصد مجاوزة ميقاتين لا يجوز الا بالاحرام ومن
قصد مجاوزة ميقات واحد حل له بغير احرام بيانه ان من اتى ميقاتا بنية الحج او العمرة او دخول مكة
لحاجة لا يجد دخولها الا بالاحرام لانه قصد مجاوزة ميقاتين ميقات اهل الافاق وميقات اهل الحل وهو الحل
لمن داره من الافاقي دخله بغير احرام ان قصد بستان بني عامر او غيره من الحل فلا يجب عليه الاحرام لانه
قصد مجاوزة ميقات واحد **قوله** عندنا اشارة الى الخلاف فان فيه فان عنده ان الاحرام يجب

الميقات

الميقات على من اراد دخول مكة للحج او العمرة فاما من اراد دخولها للقتال فليس عليه الاحرام قولا واحدا لان النبي عليه السلام
دخلها يوم الفتح بغير احرام ولو في الداخل للتجارة قولان ولنا قوله عليه السلام لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان
وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة لا لانه شرط للحج بدليل ان من كان داخل الميقات يحرم من دويرة اهله
وتعظيمها لا يختلف بالنسبة الى الحاج وغيره فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما وما رواه الشافعي فمن خصوصيته
عليه السلام كما قال في خطبته يوم الفتح ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض فانها لا تحل لاحد
بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار وحرمت الى يوم القيمة **قوله** ومن كان داخل الميقات ظاهر والاصل
انه عليه السلام رخص للحطابين دخول مكة بغير احرام وكذلك قوله فان قدم الاحرام ظاهر وقيل انما صغر الايذ
تعظيما للكعبة كذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنه يعني ان اتمامهما من دويرة اهله وروي عن ابن عباس مثله وقيل
اتمامهما ان يفرد لكل واحد منهما سفرا كما قال محمد حجة كوفية وعمرة كوفية افضل والافضل التقديم عليها
لان الاتمام مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وقال الشافعي الاحرام من الميقات افضل لان الاحرام
عنده من الاداء **قوله** وعن ابي حنيفة ظاهر **قوله** ومن كان داخل الميقات فوقته اي موضع احرامه الحل
الذي بين الميقات وبين الحرم لا الحل الذي هو خارج الميقات لانه يجوز احرامه من دويرة اهله كما تلونا
فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات لما جاز ان يحرم من دويرة اهله وحيث جاز له ذلك جاز ان يحرم من
اي موضع شاء من الحل لان ما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد **قوله** ومن كان بمكة ظاهر **قوله**
لورود الامر به في قوله وامرا خا عائشة ان يعمرها من التنعيم

باب الاحرام

لما فرغ من ذكر المواقيت ذكر كيفية الاحرام الذي يفعله في تلك المواقيت والاحرام لغة مصدر احرم اذا
دخل في الحرم كاشتى اذا دخل في الشتاء وفي عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة
فان من العبادات ما له تحريم وتحليل كالصلوة والحج ومنها ما ليس له ذلك كالصوم والزكوة واذا اراد الاحرام
اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عليه السلام اغتسل لاحرامه **وقوله** الا انه استثناء من
قوله الغسل افضل فكانه يدفع ما يتوهم ان الغسل اذا كان افضل وجب ان لا يقوم غيره مقامه فقال الا
انه للتنظيف حتى يؤمر به الحائض والنفساء وان لم يقع فرضا عنهما وروي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لرسول الله
ان اسماء قد نفست فقال لها مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج ومعلوم ان الاغتسال الواجب لا يتادى مع وجود الحيض
فكان لمعنى النظافة وكل غسل كان لمعنى النظافة يقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة والعيدين لكن الغسل
افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عم اختيارهما اي اثره على الوضوء وضعف تركيبه لا يخفى على المتامل
ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء وفي ذكر الجديد نفي لقول من يقول بكراهة لبس الجديد عند الاحرام
والازار من الحقو اي الخصر والرداء من الكتف لانه عليه السلام ائتزر وارتدى اي لبس الازار والرداء ويدخل الرداء
تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر ويبقى كتفه الايمن مكشوفا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره ولا
شيء عليه **وقوله** ولانه ممنوع ظاهر **وقوله** لانه اقرب الى الطهارة لانه لم يصبه النجاسة ظاهر وس طيبا
ان وجد اي طيب كان في ظاهر الرواية وروى المعلى عن محمد انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام كما
قال محمد كنت لا ارى به باسا حتى رايت قوما احضروا طيبا كثيرا ورايت امرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك
والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام قيل لانه اذا عرق ينتقل الى موضع آخر من بدنه فيكون ذلك

من ان التطيب ابتداء بعد الاحرام في الموضع الثاني يؤيده ما روى انه عليه السلام رأى اعرابيا عليه خلوق
فقال اغسل عنك هذا الخلوق وهو المشهور وحديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم
لاحرامه قبل ان يحرم وفيه نظر لجواز ان يكون ذلك التطيب مما لا يبقى اثره بعد الاحرام والمكروه ذلك والجواب انه
مرجح حديث عائشة رض لقصوره ذكره ولان الممنوع عن المحرم التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله ببدنه ولا
حكم للتبع فيكون بمنزلة العدم بخلاف الثوب المخيط اذا لبس قبل الاحرام وبقي على ذلك بعده فانه يكون محرما
ويكون كاللابس ابتداء حتى يلزمه الجزاء لانه مباين عنه فلا يكون تابعا ومن هذا اذا حلف لا يتطيب فدام على
طيب كان بجسده لا يحنث واذا حلف لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه حنث وحديث الاعرابي محمول على انه كان
على ثوبه لا على بدنه قال وصلى ركعتين اذا اراد الاحرام صلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه
ان النبي عم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه وروى عمر رض ان النبي عليه السلام قال اتاني آت من ربي بالعقيق
فقال صل في هذا الوادي المبارك وقل لبيك بحجة وعمرة معا ويقرأ فيهما ما شاء وان قرأ في الاولى بفاتحة
الكتاب وقل يا ايها الكافرون وفي الثانية بفاتحة الكتاب وقل هو الله احد تبركا بفعله عليه السلام فهو افضل
قال يعني محمدا وقال يعني الذي يريد الحج اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني قال في النهاية وفي بعض
النسخ لم يذكر قال الاول والحقه بحديث جابر رض اي صلى النبي عم بذي الحليفة وقال اي النبي عم والصحيح
الاول لانه هو المثبت في الكتب المتقنة على الاساتذة قوله لان اداءها اي اداء هذه العبادات تعليلا
لسؤال التيسير وقوله ثم يلبي يريد من اراد الحج عقيب صلوته اختلفت الرواة في وقت تلبية رسول الله
فقال ابن عباس رض لبى في دبر صلوته وقال ابن عمر رض لبى حين استوى على راحلته وذكر جابر انه لبى حين
علا البيداء وابن عمر رض رد هذا فقال يكذبون على رسول الله عليه السلام ما لبى الا عند ما استوت به راحلته
وروى عن سعيد بن جبير قلت لابن عباس كيف اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله عليه السلام وما
حج الا مرة واحدة فقال لبى رسول الله صلعم في دبر صلوته فسمع ذلك قوم من اصحابه فنقلوا وكان
القوم يأتونه ارسالا فلبى حين استوت به راحلته فسمع قوم فظنوا انه اول تلبية فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا
البيداء فسمعه قوم آخرون فظنوا انه اول تلبية فنقلوا ذلك وايم الله ما اوجبها الا في مصلاه فعلنا
بان الاتيان بقول ابن عباس افضل لانه اكد روايته باليمين بقول ابن عمر وجابر وقوله وان كان مفردا
بالحج ظاهر وقوله والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك وهو من المصادر التي يجب حذف فعلها
لوقوعه مثنى واختلفوا في معناه فقيل مشتق من الب الرجل اذا اقام في مكان فمعنى لبيك اقيم على
طاعتك اقامة بعد اقامة لان التثنية ههنا للتكثير والتكرير وقيل مشتق من قولهم امرأة لبة اي
محبة لزوجها فمعناه محبتي اليك يا ربي وقيل من قولهم داري تلب دار فلان اي تواجهها فمعناه اتجاهي
لك مرة بعد اخرى والاول انسب وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود
في صفة تلبية رسول الله عليه السلام وقوله ليكون ابتداء اي غير متعلق بما قبله لا بناء اذ الفتح صفة الاولى
قيل مراده الحقيقية وهو المعنى القائم بالذات لا الصفة النحوية وتقديره اني انا لك الحمد والنعمة لك اي انا
موصوف بهذا القول وقيل المراد به التعليل لانه يكون متعديا باللام اي الي لان الحمد وفيه بعد وقيل
مراده انه صفة التلبية اي التي تلبية هي ان الحمد لك وعلى هذا قيل من كسر الهمزة فقد عمم ومن فتحها فقد خص

وقوله

وقوله وهو اي ذكر التلبية اجابة لدعوة الخليل عليه السلام على ما هو المعروف في القصة وهي ما روي ان الخليل صلوات
الله عليه لما فرغ من بناء البيت امر ان يدعو الناس الى الحج فصعد ابا قبيس فقال الا ان الله تعالى امركم بحج
وقد بنى لكم بيتا فحجوا فبلغ الله صوته الناس في اصلاب آبائهم وارحام امهاتهم فمنهم من اجاب مرة ومنهم من مرتين واكثر
من ذلك على حسب جوابهم يحجون ويؤيد هذا قول مقاتل واذن في الناس بالحج يأتوك رجالا فالتلبية اجابة للخليل
الخليل عم ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا اللفظ وغيره من الثناء والتسبيح والعربي والفارسي اما
على قول ابي حنيفة فظاهر لتجويزه ذلك في تكبيرة الافتتاح ومن فرق محمد رح بينهما بان غير الذكر ههنا مع
تقليد الهدي قام مقامه فكذلك غير العربية يقوم مقامها بخلاف الصلوة وبهذا فرق ابو يوسف ايضا بين
الصلوة والتلبية ولكن العربية افضل وقوله فلا ينقص عنه قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل لو قال اللهم
ولم يزد عليه كان على الاختلاف الذي ذكرنا في الشروع في الصلوة فمن قال يصير به شارعا في الصلوة
قال يصير به محرما ومن قال لا فلا وقوله ولو زاد فيها جاز ظاهر وقوله زادوا على المأثور قال عبد الله
ابن مسعود رض احرم الناس مع ما طال بهم العهد لبيك عدد التراب وازداد بالعهد عهد رسول الله عم
وزادوا في رواية لبيك حقا حقا تعبدا ورقا لبيك عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك
لبيك اله الخلق لبيك لبيك والرغباء لبيك لبيك من عبد آبق لبيك وقوله لان المقصود الثناء
ظاهر والجواب عن التشهد والاذان ان التشهد في تعليمه زيادة تأكيد قال ابن مسعود رض كان رسول
الله عليه السلام يعلمنا التشهد كما يعلمنا سورة من القرآن والزيادة تخل به بخلاف التلبية لانها لم
من غير تأكيد في تعليم نظمه فلا يخل بها الزيادة والاذان للاعلام وقد صار معروفا بهذه الكلمات فلا يحصل
الاعلام بغيرها وليس في المسئلة خلاف فانه جعل المنقول افضل في رواية قال في شرح الوجيز لا يستحب
الزيادة على تلبية رسول الله عليه السلام بل يكون مكروها ونحن لا ننكر هذا كذا في شرح الارشاد قال
واذا لبى فقد احرم من اراد الاحرام اذا نوى ولبى فقد احرم ولا يصير شارعا لا بمجرد النية ولا بمجرد التلبية
اما الاول فلان العبادة لا تتأدى الا بالنية الا ان القدوري لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في
قوله اللهم اني اريد الحج واما الثاني فلانه عقد على الاداء اي على اداء عبادة تشتمل على اركان مختلفة
وكل ما كان كذلك فلا بد للشروع فيه من ذكر يقصد به التعظيم سواء كانت تلبية او غيرها عربيا او غيره
في المشهور كما ذكرنا او ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدي فانه يقوم مقامه في حصول المقصود وهو اظهار
الاجابة للدعوة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصير شارعا بمجرد النية لانه التزم الكف عن ارتكاب
المحظورات وكل ما كان كذلك يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصوم والجواب انا لا نسلم انه في الاحرام
التزم الكف بل التزم اداء الافعال والكف ضمني لانه من محظورات الحج بخلاف الصوم فان الكف فيه ركن
فكان التزامه قصديا وقوله ويتقي ما نهى الله عنه ظاهر وقوله فهذا نهي بصيغة النفي وانما قال لئلا يلزم الخلف
في كلام الشارع لوجوده من بعض وانما قال بحضرة النساء لان ذكر الجماع في غير حضرتهن ليس من الرفث
روي عن ابن عباس رض انه انشد في احرامه • وهن يمشين بنا هميسا • ان تصدق الطير ننك لميسا
فقيل له ارفثت وانت محرم فقال انما الرفث ما كان بحضرة النساء ومعنى قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم
حرم لا تقتلوا الصيد وانتم محرمون وقوله ولا يشير اليه الاشارة تقتضي الحضرة والدلالة تقتضي الغيبة

وقوله ولا اشارة اي المذكور من الاشارة والدلالة والاعانة اذ التزم الامن عن الصيد لانه امن بتوحشه وبعده
عن الاعين وهو حرام وقوله ولا يلبس قميصا ظاهر وقوله فان في محرم توفي هو الاعرابي الذي وقصت
به ناقته في اخافيق جرذان وهو محرم فمات والوقص كسر العنق والاخافيق شقوق في الارض والجرذان
جمع جرذ وهو ضرب من الفار فان قيل كيف يتمسك اصحابنا بهذا الحديث ومذهبنا على خلاف حكم هذا
الحديث في محرم يموت في احرامه حيث يصنع به ما يصنع بالحلال من تغطية راسه ووجهه بالكفن عندنا خلافا
للشافعي وهو يتمسك هناك بهذا الحديث اجيب بان الحديث فيه دلالة على ان للاحرام تاثيرا في ترك تغطية
الراس والوجه فانه عليه السلام علل لترك التغطية بان يبعث ملبيا والحجة لنا في تغطية راس المحرم ووجهه
اذا مات ما روى عطاء ان النبي عم سئل عن محرم مات فقال خمروا راسه ووجهه ولا تشبهوا باليهود
ولقائل ان يقول لو كان للاحرام تاثير في ترك تغطية الراس والوجه لما امر بتخميرهما وقوله ولان المراة لا تغطي
وجهها ظاهر وقوله وفايدة ما روى يعني احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها الفرق في تغطية
الراس يعني الفرق بين احرامي الرجل والمراة بحيث يجوز للمراة تغطية الراس ولا يجوز للرجل ذلك لا لان
يغطي الرجل وجهه في الاحرام وقوله ولا يمس طيبا الطيب ما له رايحة طيبة لقوله عليه السلام الحاج الشعث
التفل والشعث بالكسر نعت وبفتحها مصدر وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل من التفل
وهو ترك الطيب حتى يوجد منه رايحة كريهة وكذا لا يدهن لما روينا يعني الحاج الشعث التفل قال
ولا يحلق راسه المحرم لا يحلق شعره مطلقا لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الاية وهو بعبارته ينهى عن حلق
الراس وبدلالته عن حلق شعر البدن لان شعر الراس استحق الامن عن الازالة لكونه ناميا يحصل الارتفاق
بازالته وهذا المعنى موجود في شعر البدن فيلحق به دلالة وقوله ولا يقص لحيته ظاهر وقوله قضاء التفث
يعني ازالة الوسخ والورس صبغ اصفر وقيل نبت طيب الرايحة وفي القانون الورس شيء احمر قاني يشبه
سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن وقوله لا ينفض اي لا يوجد منه رايحة الورس والزعفران و
عن محمد ان لا يتعدى اثر الصبغ الى غيره او لا يفوح منه رايحة الطيب والثاني هو المختار المعول لانه قال
لان المنع للطيب لا للون واعترض على المروي من العقد وهو ينفض على بناء الفاعل لانهم يقولون
نفضت الثوب انفضه نفضا اذا حركته ليسقط ما عليه والثوب ليس بنافض واكثر نسخ الرواية وقيل
بل هو على بناء المفعول ولئن كان كان اسنادا مجازيا وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون
لا طيب له فلا يكون في معنى ما ورد به الحديث وهو الورس والزعفران ليلحق به وقلنا حديث الورس دليل
في العصفر بالاولوية لانه فوق الورس في طيب الرايحة وهو مذهب عايشة رض وقوله ولا باس بان
ظاهر والهميان معروف وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير وسئلت عايشة رض هل يلبس المحرم الهميان
فقالت استوثق من نفقتك بما شئت ولانه ليس في معنى لبس المخيط والمنهي عنه الاستمتاع بلبس المخيط
دون شد الازار والرداء بحبل او غيره فانه مكروه بالاجماع وليس في معنى لبس المخيط وهو اذا
عصب العصابة على راسه فانه مكروه ولو فعل يوما كاملا لزمه الصدقة فليس في معنى لبس المخيط واجيب
عن الاول بان الكراهة فيه ثبتت بنص ورد فيه وهو ما روى انه عليه السلام راى رجلا قد شد فوق ازاره
حبلا فقال الق ذلك الحبل وعن الثاني بان لزوم الصدقة انما هو باعتبار تغطية الراس بالعصابة

ممنوع

او يهبط واديا او لقي ركبانا وبالاسحار لان اصحاب النبي عليه السلام كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال

ممنوع عن ذلك الا ان ما يغطيه جزء يسير يكتفي فيه بالصدقة وقوله لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس
قيل لوجود هذين الخبثين تكاملت الجناية فوجب الدم عند ابي حنيفة رح اذا غسل راسه بالخطمي فان له رايحة
وان لم يكن زكية وفي قول ابي يوسف رح عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان ولكنه يقتل الهوام قال
ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا المحرم يكثر التلبية في خمسة اوقات على ما ذكر في الكتاب وزاد
الاعمش عن خيثمة رض سادسا وهو ما اذا استعطف الرجل راحلته والتعليل في الكتاب ظاهر وقوله ويرفع
صوته بالتلبية المستحب عندنا في الدعاء والاذكار الاخفاء الا اذا تعلق باعلام مقصود كالاذان
والخطبة ونحوهما والتلبية للاعلام بالشروع فيما هو من اعلام الدين فكان رفع الصوت بها مستحبا
وقوله واذا ابتدا فواضح وقوله وان تبرك بالمنقول منها اي من الدعوات فحسن ومن المنقول هو انه اذا
وقع بصره على البيت يقول اللهم زد بيتك تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة وزد من شرفه وكرمه
وعظمه ممن حجه او اعتمره تشريفا وتكريما وتعظيما ومهابة بسم الله الله اكبر وعن عطاء ان النبي عم
كان اذا لقي البيت قال اعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر وقوله
ثم ابتدا بالحجر ظاهر وقوله واستلمه يقال استلم الحجر تناوله باليد او بالقبلة او مسحه بالكف من السلمة بفتح السين
وكسر اللام وهي الحجر وروي ان رسول الله صلعم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وروي ان عمر رض انتهى
في خلافته الى الحجر الاسود ووقف فقال اما اني اعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رايت رسول الله
استلمك ما استلمتك فبلغ مقالته عليا رض فقال اما ان الحجر ينفع فقال له عمر رض وما منفعته يا ختن رسول الله
فقال سمعت رسول الله يقول ان الله تعالى لما اخذ الذرية من ظهر آدم وقررهم بقوله الست بربكم قالوا بلى
اودع اقرارهم الحجر فمن يستلم الحجر فهو يجدد العهد بذلك الاقرار والحجر يشهد له يوم القيمة وقوله انك
رجل ايد اي قوي والعرجون اصل الكباسة وقوله واستلم الاركان يعني الحجر الاسود والركن اليماني
وانما جمع باعتبار تكرار الاشواط وانما قلنا ذلك لانه ذكر في الكتاب بعد هذا فانه لا يستلم غيرهما والمحجن
بكسر الميم وفتح الجيم عود معوج الراس كالصولجان وقوله وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر
وهلل وقيل يجعل باطن كفيه الى الحجر دون السماء كما كان يفعل في سائر الادعية لان في حقيقة الاستلام
يجعل باطن كفيه الى الحجر هكذا في المبدل وقوله ثم اخذ عن يمينه بيان لمبدا الطواف وهو من الحجر فانه
افتتح من غيره لم يذكره محمد في الاصل واختلف المتاخرون فيه فقال بعضهم لا يجزئه وهكذا ذكر في الرقيات
ووجهه ان الامر بالطواف مجمل في حق البداية فالتحق فعل النبي عليه السلام بيانا له فيفترض البداية به وقال اكثرهم
يجوز لان الامر بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر في الكتاب وانما قيد باليمين لانه لو اخذ عن يساره
وهو الطواف المنكوس فطاف كذلك سبعة اشواط يعتد بطوافه عندنا ويعيده ما دام بمكة فان رجع الى اهله
قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي لا يعتد بطوافه وقوله وقد اضطبع رداءه قال في المغرب الضبع
العضد وفي الصحاح انما سمي هذا الضبع بذلك لابداء الضبعين وهو الابط ايضا وقوله في حديث عايشة
رضي الله عنها نذرت ان فتح الله مكة على رسوله ان تصلي في البيت ركعتين فاخذ رسول الله صلعم بيدها وادخلها
الحطيم وقال صلي ههنا فان الحطيم من البيت الا ان قومك قصرت بهم النفقة فاخرجوه من البيت ولولا
حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بناء الكعبة واظهرت قواعد الخليل وادخلت الحطيم في البيت

والصقت العتبة بالارض وجعلت لها بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل لافعلن ذلك فلم يعش
ولم يتفرغ لذلك احد من الخلفاء الراشدين حتى كان زمن عبد الله بن الزبير وكان سمع الحديث منها فنقض
ذلك واظهر قواعد الخليل بمحضر من الناس وادخل الحطيم في البيت فلما قتل كره الحجاج بناء الكعبة على فعل
ابن الزبير فنقض بناءه واعاده على ما كان في الجاهلية واذا كان الحطيم من البيت فلا يجزئ دخوله في الطواف
ويأتي كلامه واضح قال ويرمل في الثلث الاول قال ابن عباس رضي الله عنه لا رمل في الطواف وانما فعله
رسول الله عليه السلام في عمرة القضاء وهو انه عم لما قدم مكة للعمرة عام الحديبية صده المشركون عن
البيت فصالحهم على ان ينصرف ثم يرجع في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج فلما
قدم في العام الثاني اخلوا له البيت ثلثة ايام وصعدوا الجبل فطاف رسول الله مع اصحابه فسمع
بعض المشركين يقول لبعض اضناهم حمى يثرب فاضطبع رسول الله عليه السلام وقال لاصحابه رحم الله
امرأ ارى من نفسه قوة فاذا كان ذلك لاظهار الجلادة يومئذ وقد انعدم ذلك المعنى الآن فلا
معنى للرمل قلنا ما ذكر ابن عباس هو سببه ولكنه صار سنة بذلك السبب وبقي بعد زواله روى جابر
وابن عمر رضي الله عنهم ان النبي عم طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلث الاول ولم يبق المشركون بمكة
عام حجة الوداع وقوله ويمشي في الباقي على هينته اي على السكينة والوقار وقوله من الحجر الى
الحجر اي من حجر الاسود الى الحجر الاسود فان زحمه الناس في الرمل قام يعني وقف ولا يطوف بدون الرمل في
تلك الثلث قوله ويستلم الركن اليماني اليمن خلاف الشام لانها بلاد على يمين الكعبة والنسبة اليها
يمني بتشديد الياء او يماني بالتخفيف على تعويض الالف من احدى يائي النسبة وقوله حسن يعني مستحب
وقوله ثم يأتي المقام اي مقام ابراهيم عليه السلام وهو الحجر الذي فيه اثر قدميه وهي واجبة اي الصلوة عند
المقام واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف
لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب واعترض من وجهين احدهما ان هذا الحديث لا اصل له في كتب الحديث
والثاني ان حديث الاعرابي وهو انه عليه السلام حين علم الاعرابي الصلوات الخمس وقال هل علي غيرهن
قال لا الا ان تطوع ينافيه وهو اقوى منه فكيف يفيد الوجوب واجيب عن الاول بان الراوي اذا كان
عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه وعن الثاني بان حديث الاعرابي متروك الظاهر فانا اجمعنا على ان صلوة
الجنازة وصلوة العيدين واجبة وليس في هذا الحديث بيانها ويحتمل ان يكون حديث الاعرابي قبل هذا الحديث
قوله وهذا الطواف طواف القدوم هذا الطواف له اربعة اسام طواف القدوم وطواف التحية وطواف
اللقاء وطواف اول العهد وقوله هو سنة ظاهر وقوله فيما رواه سماه تحية جواب عن استدلال الشافعي
وهذا لان التحية في اللغة اسم لاكرام يبتدأ به الانسان على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب وان كان
على صيغة الامر كما في قوله اكرموا الشهود فان قيل قوله تعالى فحيوا باحسن منها ورد بلفظ التحية وهذا اللام
واجب اجيب بان المأمور به الاحسن وهو ليس بواجب بل سنة لكن ذكر لفظ التحية وقع بطريق
المشاكلة قوله وليس على اهل مكة ظاهر وقوله ثم يخرج الى الصفا ظاهر وقال في التحفة تأخير السعي بين
الصفا والمروة الى طواف الزيارة اولى لكونه واجبا فيجعل تابعا للفرض اولى لكن العلماء رخصوا في اتيان السعي
عقيب طواف القدوم لان يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة اولى لكونه واجبا فيجعل تابعا للفرض او

لكن العلماء رخصوا في اتيان السعي عقيب طواف القدوم لان يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة يوم شغل
من الذبح ورمي الجمار ونحو ذلك فكان في جعله تابعا للسنة وهو طواف القدوم تخفيف على الناس وقوله
ثم يحط اي ينزل نحو المروة ويمشي على هينته اي على السكينة والوقار فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين
الاخضرين روى جابر رضي الله عنه لما صعد النبي عليه السلام الصفا قال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك
وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله وحده انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب
وحده ثم قرأ مقدار خمس وعشرين آية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة فلما انصبت قدماه
في بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز
الاكرم وقوله ويفعل كما فعل على الصفا اي من التكبير والتهليل والصلوة على النبي عم والدعاء لحاجته
وقوله وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبتدأ بالصفا ويختم بالمروة فيه اشارة الى نفي قول الطحاوي
انه يطوف بينهما سبعة اشواط من الصفا الى الصفا وهو لا يعتبر رجوعه فلا يجعل ذلك شوطا آخر والاصح
ما ذكر في الكتاب لان رواة نسك رسول الله عليه السلام اتفقوا على انه طاف بينهما سبعة اشواط وعلى
ما قال الطحاوي يصير اربعة عشر شوطا كذا في المبسوط فان قيل ما الفرق بين الطواف والسعي حتى كان
مبدأ الطواف هو المنتهى دون السعي اجيب بان الطواف دوران لا يتأتى الا بحركة دورية فيكون المبدأ
والمنتهى واحدا بالضرورة واما السعي فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضي عوده على بدئه
قوله لما روينا اشارة الى قوله وسعى في بطن الوادي وقوله وانما يبدأ بالصفا ظاهر ثم السعي بين الصفا
والمروة واجب وليس بركن عندنا وقال الشافعي رح انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي
فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ووجه الاستدلال ما ذكر ان مثله يستعمل للاباحة
كما ذكر في قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء وما يستعمل للاباحة ينفي الركنية والايجاب
الا انا عدلنا عنه اي عن ظاهر الآية في الايجاب اي تركنا العمل بظاهره في نفي الايجاب ولم يذكر ما اوجب
العدول واختلف فيه الشارحون فمنهم من قال عملا بما رواه لانه خبر واحد يوجب الايجاب ومنهم من
قال باول الآية وهو قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فان الشعائر جمع شعيرة وهي العلامة
وذلك يكون فرضا فاول الآية يدل على الفرضية وآخرها على الاباحة فعملنا بهما وقلنا بالوجوب لانه ليس بفرض
علما وهو فرض عملا فكان فيه نوع من كل واحد من الفرض والاستحباب وقيل بالاجماع ولان الركنية
لا تثبت الا بدليل مقطوع به وما رويتم ليس كذلك وقوله ثم معنى ما روى تأويل الحديث وقيل قوله كما في قوله
تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت نظر لان الوصية للوالدين والاقربين كانت فرضا ثم نسخت فكان
كتب دالا على الفرضية والجواب ان ذلك ليس بمجمع عليه بل قال بعضهم ليست بمنسوخة بل يجمع للوارث
بين الوصية والميراث والمانع يكفيه ذلك فان قيل ما بال المص اعرض عن الاستدلال بحديثه فانه كلو
خبر الواحد ادل على الوجوب من الركنية فالجواب انه انما اعرض عنه لان رواية عبد الله بن المؤمل
وهو ضعيف قاله النسائي ويحيى بن معين والدارقطني وقال احمد احاديثه منكرة وقوله ثم يقيم بمكة
حراما اي محرما لانه محرم بالحج لشروعه فيه وكل من كان محرما بالحج لا يحلل قبل الاتيان بافعاله وهذا لم
يأت بها وقوله والصلوة خير موضوع فكذا الطواف وقيل لان طواف التطوع افضل للغرباء وصلوة

الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة
من غير سعي يجب فيه الآخرة

التطوع افضل لاهل مكة لان الغرباء يفوتهم الطواف ولا يفوتهم الصلوة واهل مكة لا يفوتهم الامران فعند
الاجتماع الصلوة افضل وقوله والتنفل بالسعي غير مشروع لانه بالنص مرة فالتكرار لا يكون الا بالقياس
على الطواف ولا مجال له فيه وقوله فاذا كان قبل يوم التروية بيوم وهو اليوم السابع من ذي الحجة خطب الامام
يعني خطبة واحدة من غير ان يجلس بين الخطبتين بعد صلوة الظهر وكذلك في الخطبة الثالثة التي يخطب
بمنى واما في خطبة عرفات فيجلس بين الخطبتين وهي قبل صلوة الظهر وقوله فاذا صلى الفجر يوم التروية
وهو اليوم الثامن من ذي الحجة قيل انما سمي بذلك لان ابراهيم عليه السلام رأى ليلة التروية كان قائلا
يقول له ان الله يامرك بذبح ابنك هذا فلما اصبح تروى اي تفكر في ذلك من الصباح الى الرواح امن الله
هذا الحلم ام من الشيطان فمن ثم سمي يوم التروية فلما امسى رأى مثل ذلك فعرف انه من الله تعالى فمن ثم سمي
يوم عرفة ثم رأى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره فسمي اليوم بيوم النحر وقيل انما سمي يوم التروية بذلك لان
جبريل عليه السلام علم ابراهيم عليه السلام المناسك كلها يوم عرفة فقال له اعرفت في اي موضع تطوف وفي اي
موضع تسعى وفي اي تقف وفي اي موضع تنحر وترمي فقال عرفت فسمي يوم عرفة وسمي يوم الاضحى بها لان
الناس يضحون فيه بقرابينهم وقوله ثم يتوجه الى عرفات اي يتوجه من منى بعد صلوة الفجر يوم عرفة الى
عرفات فيقيم بها لما روينا انه عليه السلام راح الى عرفات وهذا بيان الاولوية اما لو دفع منه اي من منى قبل
طلوع الشمس وهذا ايضا وقيل الذكر وكان من حق الكلام ان يقول ثم يتوجه الى عرفات بعد طلوع الشمس
حتى يصح بناء قوله وهذا اي التوجه بعد طلوع الشمس حتى يصح بناء قوله وهذا اي التوجه بعد طلوع الشمس
وقوله اما لو دفع قبله عليه قال بعض الشارحين ترك هذا القيد سهو من الكاتب وقوله لانه لا تعلق للنسك
لا يتعلق بهذا المقام يعني منى حكم من المناسك فيجوز الذهاب قبل طلوع الشمس الى عرفات للوقوف فيها
وهو الركن الاعظم لا يقال لم لا يجوز ان يكون المكث فيه الى طلوع الشمس من المناسك كالوقوف
بالمزدلفة لان ذلك انما يثبت بدليل منقول ولم يوجد قوله وينزل بها اي بعرفة مع الناس لان الانتباذ
اي الانفراد تجبر قوله وقيل مراده يعني من قوله مع الناس ان لا ينزل على الطريق قوله واذا زالت
الشمس يعني في عرفات يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعني قبل الصلوة
ولفظ يبتدئ يشير الى ذلك قوله هكذا فعله رسول الله عليه السلام يعني جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
لما زالت الشمس امر بالقصواء فرحلت له فركب حتى اتى بطن الوادي فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام
فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر وقوله ولما روينا اشارة الى قوله هكذا فعله رسول الله وفي ظاهر المذهب
اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف رح انه يؤذن قبل خروج الامام
من الفسطاط فاذا فرغ المؤذنون خرج الامام لان هذا الاذان لاداء الظهر كما في سائر الايام
وعنه انه يؤذن بعد الخطبة قال بعض الشارحين وهذا اصح عندي وان كان على خلاف ظاهر الرواية لما
صح من حديث جابر رض قال المص رح والصحيح ما ذكرنا يعني ظاهر الرواية لان النبي عم لما خرج واستوى على
ناقته اذن المؤذنون بين يديه ووجه الصحيح ان رواية جابر تقتضي الاذان بعد الخطبة وهذه الرواية
تقتضيه قبلها فتعارضتا فصرنا الى ما بعدها من الجمعة وهو القياس على الجمعة ويقيم المؤذنون بعد الفراغ
من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت

الظهر اي يصلي الامام بالقوم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين اما نفس الجمع بين الصلوتين فلورود
النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما واما كونه باذان واقامتين فيما روى جابر رضه انه عليه السلام صلاهما
باذان واقامتين وبيانه ما ذكر في الكتاب وقوله ولا يتطوع بين الصلوتين يعني لا الامام ولا القوم وقوله خلافا لما
روي عن محمد رح فانه يقول لا يعيده الا اذان لان الاول لان الوقت قد جمعهما فيكتفي باداء واحد كما في العشاء يعني
وجه الظاهر ما ذكره ان الاشتغال بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول وقطع فور الاذان الاول
يوجب اعادته للعصر لان الاذان الاعلام وكل صلوة اصل بنفسها الا انه اذا جمع بينهما استغنى عن الاعلام
واذا قطع عاد حكم الاصل وقوله فانه يصلي بغير خطبة ظاهر وقوله ومن صلى الظهر في رحله اي في منزله وحده
صلى العصر في وقته عند ابي حنيفة وقالا المنفرد وغيره سيان في الجمع بينهما ومبنى الاختلاف على ان تقديم
العصر على وقته لاجل المحافظة على الجماعة او لامتداد الوقوف فعنده للاول وعندهما للثاني لهما ان جواز الجمع للحاجة
الى امتداد الوقوف بدليل انه لا يجمع على من ليس عليه الوقوف وان الحاج يحتاج الى الدعاء في وقت الوقوف فشرع
الجمع لئلا يشتغل عن الدعاء والمنفرد وغيره في هذه الحاجة سواء فيستويان في جواز الجمع ولابي حنيفة رح
ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص قال الله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وقال ان
الصلوة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وكل ما هو كذلك لا يجوز تركه الا بدليل قطعي وذلك فيما ورد عن النبي
عليه السلام والخلفاء الراشدين مع وفور الصحابة من الجمع بالجماعة مع الامام فلا يجوز بدونه وقوله والتقديم
لصيانة الجماعة جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان جواز الجمع بالتقديم لامتداد الوقوف بل لصيانة الجماعة لانه
يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا لان الموقف موضع واسع ذو طول وعرض فلا يمكنهم اقامة الجمع بجماعة
الا بالاجتماع وانه يتعذر مرتين في العادة فعجل العصر لئلا يفوتهم فضيلة الصلوة بالجماعة لحق الوقوف
لان الجماعة تفوت لا الى خلف وحق الوقوف يتأدى قبل وبعد ومعه اذ لا منافاة بين الوقوف والصلوة لان
الوقوف لا ينقطع بالاشتغال بالصلوة كما لا ينقطع بالاكل والشرب والوطئ وغير ذلك وفي كلام بعض الشارحين
لا نجعل علة تقديم العصر تحصيل مقصود الوقوف حيث قال ولهذا قدم العصر على وقته وههنا جعل علته
صيانة الجماعة فان كان المقصود من الوقوف صيانة الجماعة صح الكلام لكن ليس كذلك لان المقصود
اداء الركن الاعظم وهو الحج وان كان غيره فذلك يناقض كلامه ويعاود علتان على معلول واحد بالشخص وذلك غير
جائز ويمكن ان يجاب عنه بان المقصود من الوقوف شيئان احدهما عاجل والثاني آجل والاول هو امتداد
المكث لاجل الدعاء لمصالح دينه ودنياه والثاني اداء الركن وصيانة الجماعة فيجوز ان يكون تقديم العصر
معلولا لتحصيل مقصود الوقوف من حيث المقصود الاول ولصيانة الجماعة من حيث الثاني واذا اختلف
الجهة اندفع التناقض وتوارد العلتين والحاصل انهم اتفقوا على ان المقصود منه للمكلف هو الامتداد
في المكث لاجل الدعاء ولكنهم اختلفوا في وجود غيره فقالا لا مانع وفيه المنفرد والجمع سواء وقال بل ثم
مانع وفيه المنفرد والجمع سواء وقال بل ثمة غير وهو ما ذكرنا من صيانة الجماعة وليس للمنفرد فيه كالجماعة ثم عند ابي
حنيفة الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر رح في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته واشتراط الامام
ولابي حنيفة رح ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعا فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع
الامام في حالة الاحرام بالحج وكل ما كان شرعه على خلاف القياس بالنص يقتصر على مورده وعلى هذا الخلاف الاحرام

بالحج قال ابو حنيفة رح الاحرام شرط فيهما جميعا وقالا هو شرط في صلوة العصر بالنص وثمرته تظهر في حق من صلى الظهر مع الامام ثم احرم بالحج فصلى العصر معه او المحرم بالعمرة صلى الظهر ثم احرم فصلى العصر مع الامام لم يجزه العصر الا في وقتها عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية لان الاحرام شرط جواز الجمع وشرط الشيء يسبقه وجواز الجمع يتحقق اذا زالت الشمس فلا بد من التقدم على احد المتعارضين منتقدم على الآخر وفي رواية اخرى يكتفى بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الى الموقف اي بعد الجمع بين الصلوتين يتوجه الامام الى الموقف فيقف بقرب الجبل لان النبي عليه السلام راح الى الموقف عقيب الصلوة قوله والجبل يسمى جبل الرحمة ظاهر وقوله بطن عرنة واد بحذاء عرفات قيل رأى النبي عليه السلام فيه الشيطان فكان هذا نظير النهي عن الصلوة في الساعات الثلث والمزدلفة انما سميت بها للاجتماع فيها ومنه قوله تعالى وازلفنا ثم الآخرين اي جمعناهم وقيل من الازدلاف بمعنى التقرب ومنه قوله تعالى وازلفت الجنة للمتقين اي قربت وسميت بها لاقتراب الناس الى منى بعد الافاضة من عرفات ووادي محسر بكسر السين وتشديدها بين مكة وعرفات قوله كالمستطعم المسكين في تقديم الصفة فائدة وهي المبالغة في تحقيق المذلة التشبيه ح انما يحصل بحالة الاستطعام وهي حالة الاحتياج وقوله وان ورد الآثار ببعض الدعوات عن علي رضي الله عنه انه عليه السلام قال ان اكثر دعائي ودعاء الانبياء من قبلي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح لي صدري ويسر لي امري واعوذ بك من وساوس الصدور وشتات الامر وفتنة القبر اللهم اني اعوذ بك من شر ما يلج في الليل وشر ما يلج في النهار وشر ما تهب به الرياح قوله الا في الدماء والمظالم اي الا في حق الدم الذي وجب لبعضهم على بعض قصاصا ويجوز عن استيفائه وفي حق المظالم التي وجبت لبعضهم على بعض ويجوز عن الانتصاف وقيل قد استجيب له في ذلك ايضا في المزدلفة وقوله ويلبي في موقفه يعني يستديم ذلك الى ان يرمي اول حصاة من جمرة العقبة وقال مالك يقطعها كما يقف بعرفة لان التلبية اجابة باللسان والاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان كتكبيرة الافتتاح في الصلوة ولنا ما روي ان النبي عم اردف الفضل فاخبر الفضل انه لم يزل يلبي حتى رمى الجمرة ولان التلبية في الحج كالتكبير في الصلوة في كونه ذكرا منقولا في افتتاح العبادة ويتكرر في اثنائها وكان القياس ان يكون الى آخر جزء من الاحرام وذلك انما يكون عند الرمي وقيل كان القياس ان يكون الى آخر كالتكبير في الصلوة الا ان القياس ترك فيما بعد الرمي بالاجماع فيبقى فيما وراءه على القياس وقوله والناس على هيئتهم انما هو اتباع للسنة قال رسول الله صلعم ايها الناس ليس البر في ايجاف الخيل ولا في ايضاع الابل عليكم بالسكينة والوقار والنبي عليه السلام يمشي على هيئته في الطريق ولان فيه اظهار مخالفة المشركين فانه روي انه عليه السلام خطب عشية عرفة فقال ايها الناس ان اهل الجاهلية كانوا يدفعون من عرفة قبل غروب الشمس اذا تعممت بها رؤس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وان هدينا مخالف هديهم وانما دفعوا بعد غروب الشمس فقد باشر ذلك عليه السلام وامر به اظهارا لمخالفة المشركين فلا ينبغي ان يخالف ذلك وقوله فان جاوز حد عرفة اجزاه اشارة الى انه لو جاوزها قبل الامام وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم ولكن ان عاد الى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الامام منها بعد الغروب سقط عنه الدم وان عاد

بعد الغروب لم يسقط قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة كلام واضح قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يدعو ويعلم وقوله ويصلي الامام بالناس باذان واقامة اي في وقت العشاء وقوله ثم تعشى اي اكل العشاء وقوله ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع اي الجمع بالمزدلفة عند ابي حنيفة رح لان المغرب مؤخرة عن وقتها واداء الصلوة بعد خروج وقتها موافق للقياس لان القضاء مشروع في جميع الصلوات فلا يحتاج الى مورد النص وان ورد في تاخير المغرب عند وجود الجماعة لكن لا يشترط فيه الجماعة واما تقديم الصلوة على وقتها فمخالف القياس من كل وجه فيراعى لذلك فيه جميع ما ورد فيه النص وانما خص ابا حنيفة رح بالذكر لان الجماعة كانت شرطا عنده في الجمع بعرفات وقوله ومن صلى المغرب في الطريق اي في طريق المزدلفة وحده لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف رح يجزيه وقد اساء وكذلك لو صلاهما بعرفات وكذلك لو صلى العشاء في الطريق بعد دخول وقتها لابي يوسف انه اداها في وقتها فمن ادى صلوة في وقتها لا يجب عليه اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي انه عليه السلام قال لاسامة بن زيد حين افاض من عرفة ومال الى الشعب ليقضي حاجته فتوضأ فقال له اسامة يا رسول الله اتصلي الصلوة قال امامك يعني وقت الصلوة امامك لان الصلوة فعل المصلي فلا يتصور ان يكون امامه ولكنها تذكر ويراد بها الوقت كما في قوله تعالى فخلف من بعدهم خلف اضاعوا الصلوة وفسر بعضهم بان معناه مكان الصلوة امامك وهو من حذف فيكون من باب ذكر الحال وارادة المحل وهذا اي قول النبي عليه السلام اشارة الى ان التاخير واجب لانه لو لم يكن كذلك كان معناه الفضاء بعد خروج الوقت وتفويت الصلوة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه عليه السلام فيجب التطويل بجهد فاما ان يكون اتصال النبراس بالمكان اي الجمع بين الصلوتين في المزدلفة لا سبيل الى الاول لان سيدنا عليه السلام الى الشعب وقضاء حاجته يابا فتعين الثاني فما كان ممكنا لو وصل الى الجمع والامكان ما لم يطلع الفجر فيجب الاعادة ما لم يطلع واما اذا طلع الفجر فقد فات الامكان فسقط الاعادة فاعترض بان هذا الحديث من الآحاد فكيف يجوز ان يبطل به قوله تعالى ان الصلوة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا واجاب شيخ شيخي العلامة بانه من المشاهير تلقته الامة بالقبول في الصدر الاول وعملوا به فجاز ان يزاد به على الكتاب واقول قوله تعالى ان الصلوة كانت على المؤمنين الآية معناها ليس فيها دلالة قاطعة على تعيين الاوقات وانما دلالتها على ان للصلوة اوقاتا وتعيينها ثبت اما بحديث جبريل او بفعله من الآحاد او بفعله عليه السلام ومثل ذلك لا يفيد القطع فجاز ان يعارضه خبر الواحد ثم يعمل بفعله عليه السلام وهو انه جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز ان يكون قضاء فتعين ان يكون ذلك وقته ويشكل على ابي يوسف بان صلوة المغرب التي صلاها في الطريق اما ان وقعت صحيحة اولا فان كان الاول فلا يجب الاعادة لا في الوقت ولا بعده وان كانت الثاني وجبت فيه وبعده لان ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضي الوقت واجيب بان الفساد موقوف فيظهر ثمرته في ثاني الحال كما مر في مسئلة الترتيب قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس اذا طلع الفجر يوم النحر يصلي الامام الفجر بغلس ظلمة آخر الليل وفي بعض الشروح نقلا عن الديوان آخر ظلمة الليل وهذا دقيق لما نحن فيه على ما سيظهر قوله لحديث ابن مسعود رض قال ما رأيت رسول الله عليه السلام صلى صلوة الا لوقتها الا انه جمع فانه جمع المغرب والعشاء بجمع وصلى صلوة الصبح من الغد قبل وقتها ولقائل ان يقول الدليل المنقول والمعقول

اللذان ذكرهما المص يع غير مطابق للمدلول اما المنقول فلانه يدل على انه عليه السلام صلاهما بغلس في المزدلفة قوله واذا طلع الفجر يصلى الامام بالناس الفجر بغلس واما المعقول فلان تقديم في التغليس ودفع حاجة الوقوف ودفع حاجة الوقوف يجوز التقديم كتقديم العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقته فيكون ههنا كذلك تحقيقا للتشبيه وهو خلاف المطلوب والجواب عن الاول ان الراوي عن ابن مسعود وهو عبد الرحمن ابن يزيد وقد روى البخاري عنه في صحيحه انه قال خرجت مع عبد الله الى مكة ثم قدمنا جمعا فصلى الصلوتين ثم صلى الفجر حين طلع الفجر وقايل يقول لم يطلع الفجر وهذا يدل على ان المراد بقوله قبل وقتها المستحب لان الظاهر ان الراوي لا يعمل على خلاف ما روى ويؤيده حديث جابر في الصحيحين فصلى الفجر حين تبين الصبح وعن الثاني بان معناه لما جاز تعجيل العصر على وقتها للحاجة الى الوقوف بعدها فلان يجوز التغليس بالفجر وهو في وقتها اولى قوله ثم وقف ووقف معه الناس ظاهر قوله حتى الدنانير والمظالم اي الدفع حتى قيل في المستجاب بان يرضى الخصوم بالازدياد في شىء باتهم حتى يتركوا خصوماتهم في الدنانير والمظالم وقال الشافعي يع انه ركن قال في النهاية ونسبة هذا القول اليه سهو وقع من الكاتب لما انه ذكر في كتبهم ان الوقوف بالمزدلفة سنة وذكر في المبسوط الليث بن سعد مكان الشافعي يع وذكر في الاسرار علقمة مكان الشافعي وذكر في فتاوى قاضي خان ما لكا مكان الشافعي يع ويجوز ان المص قد اطلع على قول من مذهبه واستدل بقوله فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله يثبت الركنية لان الله تعالى امر بالذكر عند المشعر الحرام ولا يمكنه ذلك فيه الا بعد حضوره والوقوف فيه وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ولنا ما روى انه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك لان ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر قوله والمذكور فيما تلى الذكر جواب عن الاستدلال بالآية وتقريره ان المأمور به هو الذكر ليس بركن بالاجماع فكذا ما كان وسيلة اليه وهو الحضور والوقوف وقوله وانما عرفناه ظاهر وقوله لما روينا يعني به قوله انه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل فعلم بهذا الحديث ان المراد من تعليق تمام الحج في قوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف الآخر من حيث الكمال وهو الاتيان بالواجب لا من حيث الجواز وقوله لما روينا من قبل يعني قوله عليه السلام والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وقوله هكذا وقع في نسخ المختصر اي في نسخ مختصر القدوري وهذا غلط لان النبي عم دفع قبل طلوع الشمس رواه جابر وابن عمر قالا ان النبي عليه السلام وقف بالمشعر الحرام حتى اذا كادت الشمس تطلع دفع الى منى واقول معنى قوله واذا طلعت الشمس اذا قربت الى الطلوع وفعل ذلك اعتمادا على ظهور المسئلة قوله فيبتدئ بجمرة العقبة الكلام في الرمي في تسع مواضع احدها الوقت وهو يوم النحر وثلثة ايام بعده والثاني في موضع الرمي فهو بطن الوادي يعني من اسفله الى اعلاه والثالث في محل المرمى اليه وهو ثلثة جمرة العقبة ومسجد الخيف والوسطى والرابع في كمية الحصاة وهي سبعة عند كل جمرة والخامس في المقدار وهو ان يكون مثل حصى الخذف والسادس في كيفية الرمي وهو ذكره في الكتاب وقيل يأخذ الحصى بطرف ابهامه وسبابته والسابع في مقدار الرمي وقد ذكر في الكتاب والثامن في صفة الرامي ان يكون راكبا او ماشيا لا فرق بينهما والتاسع في موضع وقوع الحصاة والعاشر في الموضع الذي يؤخذ منه الحجر وهما مذكوران في الكتاب والحادي عشر فيما يرمى وهو ما كان من جنس الارض والثاني عشر انه يرمي في اليوم الاول جمرة العقبة لا غير وفي بقية الايام يرمي الجمار كلها وكلامه واضح في الكتاب

قوله فيتشاءم به ولا يتبرك بيانه في حديث سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس رضه ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه السلام ولم تصر هضابا تسد الافق فقال اما علمت ان من تقبل حجه يرفع حصاه ومن لم يتقبل حجه ترك حصاه حتى قال مجاهد لما سمعت هذا من ابن عباس جعلت على حصاتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم اجد بتلك العلامة شيئا من الحصاة وقوله ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا اعترض عليه بالفيروزج فانها من اجزاء الارض حتى جاز التيمم بها ومع ذلك لا يجوز الرمي بها حتى لم يقع معتدا بها في الرمي واجيب بان الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك لا يحصل برميها وقال الشافعي يع لا يجوز الا بالحجر اتباعا لما ورد به الاثر لعدم كونه معقولا وقلنا سلمنا انه غير معقول ولكن المنصوص عليه فعل الرمي يحصل بالطين كما يحصل بالحجر والاصل فيه فعل الخليل عليه السلام ولم يكن في الحجر له بعينه مقصود انما مقصوده فعل الرمي اما اعادة الكبش او لطرد الشيطان على حسب اختلاف الرواة فقلنا باي شيء حصل فعل الرمي اجزاه ولا يرد الذهب والفضة لان الجواهر لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق ويقصر كلامه واضح قوله ظاهر بالترحم عليهم اي كرر الترحم على المحلقين روى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ان رسول الله عليه السلام قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين فقال والمقصرين وفي رواية اخرى كرره عليه السلام ثم قال في الرابع والمقصرين وذلك دليل على ان الحلق افضل وقوله مقدار الانملة قيل هذا التقدير مروي عن ابن عمر رضه ولم يعلم فيه خلاف ومن لا شعر له امر الموسى على رأسه لانه ان عجز عن الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبه واختلفوا في كونه واجبا او مستحبا قوله لانه من دواعي الجماع يعضده ان المعتدة يحرم عليها الطيب لهذا المعنى والجماع بدواعيه لا يحل حتى يطوف كالعبد والمس بشهوة ولنا ما روت عائشة رض اذا حلق الحاج حل له كل شيء الا النساء وقالت طيبت رسول الله عم لاحرامه ولاحلاله قبل ان يطوف بالبيت وهذا لا يشك في تقديمه على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي قال الجماع فيما دون الفرج يرتفع بالحلق لانه لا يفسد الاحرام بحال ولنا انه قضاء الشهوة بالنساء فيتوقف الى تمام الاحلال بالطواف وهذا لان دواعي الجماع ملحق به في المحظورات كما في الاعتكاف وقبل الحلق قوله ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا يعني اذا رمى جمرة العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق وقال الشافعي يع يتحلل به ويحل له كل شيء الا النساء هو يقول انه يتوقف بيوم النحر وكل ما هو كذلك هو محلل كالحلق ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير اوانه ونوقض بدم الاحصار فانه محلل وليس بجناية في الاحرام واجيب بان المراد ما كان محللا في الاصل ودم الاحصار ليس كذلك وانما صير اليه لضرورة المنع وقوله بخلاف الطواف جواب عما يقال الطواف محلل في حق النساء وليس بجناية في الاحرام وانما هو ركن وتقريره ان التحلل لم يكن بالطواف بل بالحلق السابق وقوله ثم يأتي مكة من يومه يعني اول ايام النحر قوله ووقته ايام النحر اي وقت طواف الزيارة وقوله الا ان الاضحية لم تشرع بعد ايام النحر والطواف مشروع بعد ذلك الا انه يكره تاخيره عن هذه الايام على ما يجيء قوله واول وقته ظاهر قوله والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي لان النبي عم انما رمل في طواف العمرة وهو طواف بعده سعي وقوله لما بينا اشارة الى قوله وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب وانا لم نقل لما روينا لانه ذكر فيه وجه التمسك بالوجوب فكان قوله بينا اشمل واتم من قوله روينا قوله ولكن بالحلق السابق تقدم معناه وقوله الا انه اخر عمله في حق النساء جواب عما يقال اذا كان الحلق السابق محللا كيف

يبيت المشاة بجمع وتقريره ان عمله تأخر في حق المشاة ليتبع الطواف الذي هو ركن في الاحرام لئلا يقع التهاون في امره قوله وهذا الطواف اي طواف الزيارة هو المفروض في الحج قوله ثم يعود الى منى يعني بعد طواف الزيارة فيقيم بها لان النبي عليه السلام رجع اليها كما رويناه يعني ما تقدم ان النبي عليه السلام لما حلق اتى الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى قوله ولانه في عليه الرمي بها قوله ويقف عند كل جمرة يعني الجمرة الاولى والوسطى في المقام الذي يقف فيه الناس وهو اعلى الوادي وقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن حديث مشهور والمواطن هي عند افتتاح الصلوة والقنوت في الوتر والعيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وجمع عند المقامين وعند الجمرتين وذكر الجمرتين يدل على انه لا يقيم عند جمرة العقبة ويرفع يديه حذاء منكبيه نص عليه محمد رحمه الله وفي سائر الادعية لا يفعل كذلك الرفع بل في السكينة والوقار وفيه في موضع ورد والنص ويترك في الباقي على اصل الدليل قال فاذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد الزوال يعني اذا زالت الشمس من اليوم الثالث من ايام النحر رمى الجمار الثلث مثل ما رمى في اليوم الثاني وان اراد ان يتعجل النفر اي الذهاب والخروج من منى في اليوم الثالث من ايام النحر فعل ذلك وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع بعد الزوال للشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى اي فمن تعجل في اليوم الثاني والثالث من ايام النحر ومن تأخر الى اليوم الرابع فلا اثم عليه لمن اتقى قوله لمن اتقى يتعلق بهما جميعا اي ذلك التخيير ونفي الاثم في الحالين لاجل الحاج المتقي لئلا يختلج في قلبه شيء منهما فيحسب ان احدهما يؤثم صاحبه في الاقدام وانما خص المتقي لانه هو الحاج في الحقيقة عند الله قوله وفيه خلاف الشافعي فانه ينقطع عنده خيار النفر بغروب الشمس من اليوم الثالث لان المنصوص عليه الخيار في اليوم وهو يمتد الى غروب الشمس وقلنا الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فيكون خياره في النفر ثابتا فيه كما قبل الغروب من اليوم الثالث بخلاف ما بعد طلوع الفجر في اليوم الرابع فان وقت الرمي فلا يبقى خياره بعد ذلك قوله اعتبارا بسائر الايام اراد بها الايام الاتي اعني الثاني والثالث لان رمي جمرة العقبة في يوم النحر قبل الزوال جائز بلا خلاف فقوله بخلاف اليوم الاول والثاني يعني الاول والثاني عما يرمى فيه الجمار الثلث لا الاول والثاني من ايام النحر قوله في المشهور من الرواية احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه ان كان من قصده ان يتعجل في النفر الاول فلا بأس بان يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال وان رمى بعده فهو افضل وان لم يكن ذلك من قصده لا يجوز ان يرمي الا بعد الزوال وذلك لدفع الحرج لانه اذا نفر بعد الزوال لا يصل الى مكة الا بالليل فيحرج في تحصيل موضع النزول ووجه الظاهر انه عليه السلام لم يرم فيه الا بعد الزوال قوله ثم عند ابي حنيفة رحمه الله حاصله ان ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر الى طلوع الشمس وقت الجواز مع الاساءة وما بعده الى الزوال وقت مسنون وما بعد الزوال الى الغروب الجواز من غير اساءة والليل وقت الجواز بالاساءة كذا في مبسوط شيخ الاسلام ومن ابي يوسف رحمه الله انه يمتد وقت الرمي في اليوم الاول الى وقت الزوال لان الوقت يعرف بتوقيت الشرع والشرع ورد بالرمي قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقتا له والحجة عليه ما رويناه يعني قوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم قوله وبيان الاصل مروي عن ابي يوسف يعني به ما حكي عن ابراهيم بن الجراح قال دخلت على ابي يوسف رحمه الله في مرض الذي مات فيه ففتح عينيه فقال الرمي راكبا افضل ام ماشيا قلت ماشيا فقال اخطات قلت راكبا فقال

اخطات

اخطات ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي فيه ماشيا افضل وما ليس بعده وقوف فالرمي فيه راكبا افضل فقمت من عنده فانتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته فتعجبت من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة والذي روي جابر ان النبي عليه السلام رمى الجمار كلها راكبا فانما فعل ليكون اشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدونه منه قوله ولو بات في غيرها اي في غير منى متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فانه قال ان ترك البيتوتة ليلة فعليه مد وان تركها ليلتين فعليه مدان وان تركها ثلث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة في وجوب الجزاء بترك الرمي ولنا انه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه يعني ان المقصود من البيتوتة غيرها وهو ان يسهل عليه ما يقع في الغد من النسك وهو الرمي فلما لم يكن مقصودة بنفسها لم يكن من افعال الحج فلم يوجب تركها جابرا كالبيتوتة بمنى ليلة العيد قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة الثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه والجمع اثقال والمحصب اسم موضع ويسمى الابطح وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى نزل به رسول الله عليه السلام قصدا والاصح حتى يكون سنة قوله هو الاصح احتراز عن قول ابن عباس رضي الله عنه ان النزول به ليس بسنة لكنه موضع نزل فيه رسول الله عليه السلام اتفاقا والاصح عندنا انه سنة ونزل فيه رسول الله عليه السلام قصدا على ما روي انه قال لاصحابه نحن نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة الى آخره والخيف بسكون الياء المكان المرتفع وخيف بني كنانة هو المحصب قوله ويسمى طواف الوداع الوداع بفتح الواو اسم للتوديع كالسلام والكلام وهو واجب عندنا خلافا للشافعي فانه عنده سنة لانه بمنزلة طواف القدوم الا يرى ان كل واحد منهما يأتي به الافاقي دون المكي وما هو من واجبات الحج فالافاقي والمكي فيه سواء ولنا قوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده الطواف وانه رخص للنساء الحيض وذلك ايضا دليل الوجوب والا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض فائدة والمكي والافاقي في واجبات الحج سواء فيما اذا كانت العلة مشتركة وهاهنا ليست كذلك لان علة هذا الطواف التوديع وليس بموجود في حق المكي ولا في حق من هو وراء الميقات فكيف يصير مثل مكة بغداد قوله لما قدمنا يعني في موضع من قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين قوله لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا قوله ويأتي زمزم اي بعد تقبيل العتبة واتيان الملتزم والصاق خده بجدار الكعبة يأتي زمزم فيشرب من مائه ويصب منه على جسده ويقول اللهم اني اسئلك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء قوله فهذا بيان تمام الحج يعني الحج الذي اداه صلى الله عليه وسلم بقوله من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه كذا في المبسوط

فصل لما ذكر افعال الحج على الترتيب واتبعها الحق مسائل شتى من افعال الحج في فصل على حدة فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بيناه من احكام الوقوف بعرفة سقط طواف القدوم على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وكذلك قوله ومن ادرك الوقوف بعرفة وما اشبه ان كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس سنة لا قوله عليه السلام الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وانها وانه للوقت من طلوع الشمس الى الغروب وهو محجوج بما رويناه انه وقف بعد الزوال وكان بيانا لوقت الوقوف بفعله فدل على ان ابتداء الوقوف بعد الزوال قوله ثم اذا وقف بعد الزوال الظاهر وقال مالك رحمه الله لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل وذلك بان يكون افاضته بعد الغروب واستدل بقوله عليه السلام من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وقلنا هذه الزيادة غير مشهورة وانما المشهور من فاته عرفة

فقد فاته الحج وفيما روينا وهو قوله عليه السلام ساعة من ليل او نهار دليل على ان بنفس الوقوف في جزء من وقته يصير
مدركا فكان حجة عليه قوله ومن اجتاز بعرفات نايما او مغمى عليه ... قوله والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل
ركن جواب عما يقال الجهل يخل بالنية لا محالة والاخلال بها اخلال بالحج لكونها شرطا وتقريره سلمنا ان الجهل يخل
بالنية ولا نسلم ان الاخلال بها اخلال به وانما كان كذلك ان لو كانت شرطا لكل ركن وليس كذلك بل اذا كانت
موجودة عند اصل هذه العبادة وهو الاحرام حقيقة او دلالة استغنى عنها عند وجود كل ركن اذا لم يكن
ثم صارف فاما قلت اذا لم يكن ثم صارف احترازا عما اذا طاف بالبيت هاربا او طالبا غريمه ولم ينو الطواف
عن الحج فانه لم يجز وان كانت النية موجودة عند الاحرام لان قصد الهرب او الطلب صارف له
عن النية السابقة لانها لكونها باقية بالاستصحاب ضعيفة تنصرف بصارف قوله ومن اغمي عليه فاهل عنه
رفقاؤه اتفق علماؤنا رحمهم الله ان الاحرام يقبل النيابة حتى لو امر انسانا ان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام
ففعل صح عندهم لانه شرط بمنزلة الوضوء وستر العورة وليس بنسك فاستقام النيابة بعد وجود نية
العبادة منه وهو خروجه لحج البيت واختلفوا في ان عقد الرفقة استنابة كالاذن به ام لا فذهب ابو حنيفة
الى انه استنابة كالاذن به وقالا ليس باستنابة وصورته ذلك انه يحرم عنه الرفقاء نيابة مع انهم احرموا
عن انفسهم ايضا فيصير الرفيق محرما عن نفسه بطريق الاصالة ومحرما عنه ايضا بطريق النيابة كالاب يحرم
عن ابن صغير معه وكان المحرم حكما في احرام النيابة هو المنوب لا النايب وعبادة النايب فيه كعبادة المنوب
حتى لو اصاب النايب صيدا كان عليه الجزاء من قبل احرامه عن نفسه وليس عليه من جهة الاحرام عن المغمى عليه شيء
وفيه بحث من وجهين احدهما ان الرفيق اذا كان محرما عن نفسه فباحرامه عن غيره يلزم تداخل الاحرامين
والثاني انهم شبهوا الاحرام بالوضوء في قبول النيابة وليس مثله لان الانسان اذا توضأ لا يكون غيره
متوضئا وان نوى التوضي عنه وههنا يصير غيره محرما باحرامه والجواب عن الاول ان التداخل انما يلزم
ان لو كان المحرم هو النايب في الاحرامين من كل وجه وليس كذلك بل المحرم في احرام النيابة هو المغمى عليه لا النايب
على ما ذكرنا وعن الثاني ان التشبيه بالوضوء في ان كل واحد منهما شرط يحتمل النيابة ولكن النيابة في الوضوء
بالتوضية بان يجري الماء على اعضاء المنوب فيصح له ان يصلي بذلك الوضوء وفي هذا يتولى النايب الاحرام
بنفسه ثم فايدة ذلك انه اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز عنده كما لو امر به لهما انه لم يحرم
بنفسه ولا اذن لغيره وكل من كان كذلك ليس بمحرم لا محالة اما انه لم يحرم بنفسه فظاهر واما انه لم
ياذن لغيره فلان الاذن اما ان يكون صريحا او دلالة وهو لم يصرح بالاذن اذ هو المفروض وما ثم دلالة
لانها تتوقف على العلم بجواز الاذن بالاحرام لانه اذا لم يعلم بجوازه لا يقدم عليه وجواز الاذن به لا يعرفه كثير
من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره لانه تصريح ولابي حنيفة ان الاذن ثابت دلالة
لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقد يعجز عن مباشرة
ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام فكان مستعينا بهم على تحصيله والاستعانة اذن بالاعانة
فكان الاذن ثابتا دلالة قوله والعلم ثابت جواب عن قولهما والدلالة تتوقف على العلم وتقريره ان العلم ان كان
شرط الدلالة فهو ثابت نظرا الى الدليل وهو عقد الرفقة والحكم يدار على الدليل فثبت الاذن دلالة
فحمل على الصريح اذا لم يخالفه صريح فان قلت هذا حكم الاحرام فما حكم سائر المناسك قلت الاصح انها نيابة

عنه في اداء ... الا ان الاولى ان يقفوا به وان يطوفوا به ليكون اقرب الى اداء ما لو كان مفيقا ومنهم
من فرق فقال انما صحت النيابة في الاحرام لتحقق العجز وهو ليس بمتحقق في الافعال لانهم اذا احضروه المواقف
كان هو الواقف واذا طافوا به كان هو الطايف فان قلت هل يتقيد الاهلال بالرفقاء فايدة قلت
اختلف فيه قال الشيخ ابو عبدالله الجرجاني كان يقول الجصاص لا يجوز احرام غير الرفقاء ثم رجع وقال
الرفقاء وغيرهم في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية بل هو من باب الاعانة وقد قال الله تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى والرفقاء وغيرهم في ذلك سواء قال والمراة في جميع ذلك بمنزلة الرجل لانها
في جميع مناسك الحج كالرجل لان الخطاب بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت يتناول الرجال والنساء فتفعل
مثل ما يفعل الرجل الا اشياء ذكرها في الكتاب لا تكشف راسها وتكشف وجهها ولا ترفع صوتها بالتلبية
ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق ولكن تقصر وتلبس ما بدا لها من المخيط من القميص والدرع والخمار
والخف والقفازين ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع الا ان تجد الموضع خاليا ووجه جميع ذلك مذكور
في الكتاب قوله ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد يعني صيدا قتله في احرام ماض او شيئا
من الاشياء كبدنة المتعة والقران وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد
احرم وهذا بناء على ما ذكرنا ان الاحرام عندنا لا ينعقد بمجرد النية بل لا بد من انضمام شيء آخر اليها
كتكبيرة الافتتاح في الصلوة وتقليد البدنة والتوجه معها الى الحج يقوم مقام التلبية لان سوق
الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة دعاء ابراهيم عليه السلام لانه لا يفعله الا مريد الحج او العمرة وقوله
واظهار الاجابة معطوف على اسم ان ان روي منصوبا وعلى محل ان ان روي مرفوعا وهو دليل آخر على كونه
في معنى التلبية وقوله هو من تمام الاول وتقريره المقصود من التلبية اظهار الاجابة واظهار الاجابة
قد يكون بالفعل كما يكون بالقول الا ترى ان من قال يا فلان فاجابه تارة يكون بلبيك وتارة بالحضور
والامتثال بين يديه فيصير به اي بالسوق محرما لاتصال النية بفعل هو من خصايص الاحرام فحصل الاجابة
بالحج وان لم يلب وانما قال بدنة لان الغنم لا يقلد وهذا لان التقليد لئلا يمنع من الماء والعلف اذا علم انه
هدي وهذا فيما يغيب عن صاحبه كالابل والبقر والغنم ليس كذلك فانه اذا لم يكن معه صاحبه يضيع
فان قلنا وجب بها ظاهر وكانت الصحابة رضي الله عنهم مختلفين في هذه المسئلة على ثلاثة اقاويل فمنهم
من قال اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال اذا توجه في اثرها صار محرما ومنهم من قال اذا ادركها وساقها
صار محرما فاخذنا بالمتيقن وقلنا اذا ادركها وساقها صار محرما لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم في هذه
الحالة وقوله فاذا ادركها وساقها او ادركها دون ... بين السوق وعدمه لان الرواية قد اختلفت
فيه شرط بعض نسخ المبسوط السوق مع اللحوق ولم يشترط السوق بعد اللحوق في الجامع الصغير والحق
جعل ... قوله فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصايص الاحرام اما سوق الهدي فظاهر واما
اذا ادركه ولم يسق وساق غيره فلان فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل وقوله الا في بدنة المتعة
استثناء من قوله لم يصر محرما حتى يلحقها قال في النهاية ههنا قيد لا بد من ذكره وهو ان في بدنة المتعة
انما يصير محرما بالتقليد والتوجه اذا حصلا في اشهر الحج فان حصلا في غير اشهر الحج لا يصير محرما ما لم يدرك
الهدي ويسير معه هكذا في الرقيات لان تقليد هدي المتعة في غير اشهر الحج لا يعتد به لانه فعل من افعال

المتعة وافعال المتعة قبل اشهر الحج لا يعتد بها فيكون تطوعا وفي هدى التطوع لم يدرك دينه مع لا يغير جرابا كذا
في الجامع الصغير لقاضي خان **وقوله** وجه القياس ما ذكرناه يريد به قوله لم يوجد منه الا جزء البته الخ ووجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب قوله ابتداء احرازا نعاد جبر آه **وقوله** لانه يختص بمكة دليل كونه نسكا قوله ويجب بمكة
الجمع بين النسكين بيان اختصاصه بمكة لان الجمع بين النسكين لا يكون الا بمكة فكان هدى المتعة مختصا بمكة وهدى
يجب بالجناية بان اصاب صيدا قبل وصوله الى مكة قوله كان يحلل به او اشعر التحليل اللباس الجل والاشعار
البدنة اعلامها بشيء انها هدى من الشعار هو العلامة وكلامه واضح **وقوله** والصحيح من الرواية في الحديث
كالمهدي جزورا يعني في موضع البدنة ولم نرتب تلك الغاية التي رواها قلنا التمييز من حيث الحكم بالعطف
لا يدل على اختلاف الجنسية وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تعالى من كان
عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكائل والله اعلم بالصواب

باب القران

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان المركب وهو القران والتمتع الا ان القران افضل من التمتع فقدمه في الذكر
اعلم ان المحرم على اربعة انواع مفرد بالحج وقد ذكرناه ومفرد بالعمرة وهو من ينوي العمرة بقلبه ويقول لبيك
بعمرة ثم يأتي بافعالها وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الاحرام فينويهما ويقول لبيك بحجة وعمرة
ويأتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج من غير تحليل بينهما ومتمتع وهو من يأتي بالعمرة في اشهر الحج او باكثر طوافها
ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ذلك على وصف الصحة من غير ان يلم باهله الماما صحيحا والقران افضل منه الاعمال
عندنا وقال الشافعي الافراد اي افراد كل واحد من الحج والعمرة باحرام على حدة افضل وقال مالك التمتع
افضل من القران لان له ذكرا في القران قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولا ذكر للقران فيه ولنا
حديث عائشة رض انما اجرك على قدر تعبك وانما القران رخصة والافراد عزيمة والاخذ بالعزيمة اولى
ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما
تلبية واحدة ويحلق مرة واحدة والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال والاخذ بصفة الكمال اولى ولنا
ما رواه الطحاوي في شرح الاثار انه عليه السلام قال يا ال محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان في القران جمعا
بين العبادتين وذلك افضل كما اذا جمع بين الصوم والاعتكاف وبين الحراسة في سبيل الله بجانب القراءة
بالليل والصلوة فيه قوله والتلبية غير محصورة جواب عن قوله ولان فيه زيادة التلبية وتقريره ان المحرم
كما يكرر التلبية مرة بعد اخرى فكذلك القارن فيجوز ان يقع تلبية القارن اكثر من تلبية المفرد **وقوله** والسفر
غير مقصود جواب عن قوله والسفر ووجهه ان المقصود هو الحج والسفر وسيلة اليه فلا يوجب عدمه نقصانا
في الحج وذلك لانه يتقدم على الاحرام فعدمه لا يوجب نقصانا فيه قوله والحلق خروج عن العبادة يعني
فلا يوثر فيها ليترجح به **وقوله** والمقصود بما روى يعني قوله عليه السلام القران رخصة نفي قول اهل الجاهلية
ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور اي من اسوء السيئات وليس المراد بالرخصة ما هو المصطلح لان القران
عزيمة وانما المراد به التوسعة وذلك لان اشهر الحج قبل الاسلام كانت للحج فادخل الله تعالى العمرة في اشهر
الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما في وقت واحد توسعة على الناس فسماه رخصة
ويجوز ان يراد بها المصطلح ويكون رخصة اسقاط كشطر الصلوة في السفر والرخصة في مثله عزيمة عندنا
قوله وللقران ذكر في القرآن جواب عن قول مالك لان المراد بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من

دويرة اهله على ما رويناه من قبل يعني في فصل المواقيت قوله ثم فيه اي في القران شروع في الترجيح بعد تمام الجواب وهو ان
فيه المأمور بالحج اذا قرن يصير مخالفا ولو كان القران افضل لما كان مخالفا لانه اتى بالمأمور به مع زيادة اخير
بانه مأمور بصرف النفقة الى العبادة تقع له على الخلوص وهي افراد الحج له وقد صرفها الى العبادة تقع للآمر وعبادة
تقع لنفسه فكان مخالفا ولقائل ان يقول لم لا يدخل في المأمور به نقص بالقران او لا فان كان الاول فليس القران
افضل وان كان الثاني لا يكون مخالفا ويمكن ان يجاب عنه بانه دخل نقص والافضل القران الذي كان فيه
مخصص تخصيصه بنفسه واحد لان فيه الجمع بين النسكين حقيقة **وقوله** فيقبل الاختلاف بيننا يعني ان النزاع لفظي
قال في صفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات كلامه واضح قوله وكذا اذا دخل بحجة
على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط يعني يكون قارنا في هذه الصورة ايضا لوجود الجمع بين الحج والعمرة
وصورته ان يحرم بعمرة فيطوف لها اقل من اربعة اشواط ثم احرم بحجة ولو طاف لها اربعة لا يصير قارنا بل متمتعا
قوله وان اخر ذلك اي ذكر العمرة في الدعاء والتلبية بان يقول اللهم اني اريد الحج والعمرة ولبيك بحجة وعمرة
لا بأس بذلك لان الواو للجمع ولكن تقديم ذكرها فيهما جميعا اولى لان الله تعالى قدم ذكرها في قوله فمن تمتع
بالعمرة الى الحج وكلمة الى للغاية ولانه يبدأ بافعال العمرة فكذا يبدأ بذكرها **وقوله** اعتبارا بالصلوات يعني
ان الذكر باللسان لم يكن شرطا فيها وانما الشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة هي فكذلك هنا قوله فاذا دخل
اي القارن بيان لكيفية العمل قوله والقران في معنى المتعة يعني ان المتمتع ورد بتقديم افعال العمرة على
افعال الحج في التمتع والقران في معناه لان في كل منهما جمعا بين النسكين في سفر فيكون واردا فيه ايضا
دلالة **وقوله** عندنا احتراز عن مذهب مالك فيه فانه يتحلل عنده بالذبح وقيل هذا ليس بمشهور من مالك
وانما المشهور عنده ان يتحلل برمي جمرة العقبة قوله ثم هذا مذهبنا اي اتيان القارن بافعال الحج وافعال
العمرة جميعا هو مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام
دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة فيكتفى بافعال الحج عن افعال العمرة والا لا يكون العمرة داخلة في
الحج ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد وهذا لان
الاحرام عنده من اركان الحج والركنان من عبادتين لا يتصور تاديتهما في وقت واحد في حالة واحدة
وحيث جاء الشرع بالقران دل على التداخل فكما وجد التداخل في الاحرام يجب ان يكون في الطواف والسعي
ايضا موجودا دفعا للتحكم وعلى هذا التقدير يكون معنى قوله فكذلك في الاركان في بقية الاركان **وقوله**
ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين قوله ولانه لا تداخل في العبادات منقوض بسجدة التلاوة فانها
عبادة وفيها التداخل واجيب بان المراد العبادة المقصودة والسجدة ليست كذلك وبان التداخل
فيها لدفع الحرج على خلاف القياس فلا يقاس عليها ولا يلحق بها الحج لانه ليس في معناها في وجود الحرج
وقوله والسفر للتوسل جواب عن قوله حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة الى اخره لا يقال قوله والسفر للتوسل والتلبية
للتحريم والحلق للتحلل وقع مكررا في دليل الخصم وفي الجواب عنه لتقدم ذكره في اول الباب من لانه ذكر
هناك باعتبار كون الافراد افضل وهنا باعتبار افراد الطواف والسعي فيحتاج الى الجواب عنه لا محالة
وشدة من التكرار الذي هو منكر **وقوله** ومعنى ما رواه يعني قوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج دخل وقت العمرة
في وقت الحج لما ذكرنا انهم كانوا يجعلون اشهر الحج قبل الاسلام للحج فادخل الله وقت العمرة في وقت الحج

لما ذكرنا انهم كانوا يجعلون اشهر الحج قبل الاسلام للحج فادخل الله وقت العمرة في وقت الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء وتوسعة قوله فان طاف طواف التحية الخ قوله والشيء انما جبر بمنزلة تاخير سعي العمرة بالاشتغال بالجمل وحج والنوم وان كان يوما لا يوجب الدم فكذلك الاشتغال بطواف التحية قال واذا رمى جمرة العقبة واذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة لما تقدم وكذا منصوص عليها بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ولهذا عين الذبح ههنا وقال النحر ثم يذبح ان احب فالهدى من الابل والبقر والغنم على ما يذكر في بابه واراد بالبدنة ههنا البعير وكانه جواب عما يقال انتم تقولون البدنة تطلق على البعير والبقر فكيف قال ههنا بدنة او بقرة وتقريره نحن لا ننكر جواز اطلاق البدنة على كل واحد منهما معنى ما وههنا كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن المنصوص عليه هنا وجعاتهم لما يهدى اي ينقل الى الحرم وسبع البدنة ليس كذلك ولهذا لو قال ان فعلت كذا فعلي هدي ففعل كان عليه ما استيسر من الهدى وهو شاة فالجواب ان القياس ما ذكرتم ولكن ثبت جواز سبع البدنة الى البقرة بحديث جابر رضه قال اشتركنا حين كنا مع رسول الله عليه السلام في البقرة سبعة وفي البدنة سبعة وفي الشاة واما النذر اذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه وعلى تقدير التسليم فالفرق ان النذر ينصرف الى المتعارف كاليمين وبعض الهدى ليس بهدي عرفا فاذا لم يجد ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج اي في وقته بعد ان احرم بالعمرة والافضل ان يصوم قبل التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لما ذكرنا في الكتاب وسبعة اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة وهذا النص وان ورد في التمتع ولكن القران في معناه كما مر غير مرة والمراد بالرجوع الى الاهل الفراغ عن الحج من ذكر المسبب وهو الرجوع وارادة السبب وهو الفراغ فكان الاداء بعد السبب فيجوز ولقائل ان يقول ذكر المسبب وارادة السبب لا يصح في المجاز كما عرف في الاصول والجواب انه اذا لم يكن مختصا والفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز فان قيل لا مجاز الا بقرينة فاين هي قلت اطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الاهل وقوله ثلثة ايام في الحج فكأنه قال وسبعة اذا رجعتم عما كنتم مقبلين عليه فيه قيل فائدة الفذلكة نفي الاباحة التي يتوهم من كلمة الواو في قوله وسبعة كما في قولنا جالس الحسن وابن سيرين وقيل معناه كاملة في وقوعها بدلا من الهدى وكلامه واضح قوله وقال مالك يصوم فيها قبل يعني ايام التشريق دون يوم النحر لان الصوم فيه لا يجوز بالاتفاق قوله ولنا ان النهي المشهود يعني قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام وقد تقدم وفي التعرض بلفظ المشهود اشارة الى الجواب عما يقال النص يدل على شرعية الصوم في هذه الايام بقوله في الحج فلا يجوز تقييده بغير ايام التشريق بالخبر لانه نسخ للكتاب وتقرير الجواب ان الخبر مشهور يجوز التقييد به او يدخله النقص يعني لو لم يتقيد به فلا اقل من ان يورث نقصا وما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا فلا يتأدى فيها ولا يؤدى بعدها اي بعد ايام التشريق لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا لان القياس لا مدخل في معرفة المقادير اداة الدم والصوم والنص خصه بدلا بوقت الحج فلا يجوز بعده وفيه بحث من وجوه احدها ان البدل انما يجب اذا كان الاصل مقصودا وههنا ليس كذلك لانه ان قدر على الهدى لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فكان كسنة العرس والثاني ان البدل انما يصار اليه عند العجز عن المبدل والعجز عنه انما يتحقق اذا مضى ايام النحر ولم يقدر عليه فكيف يجوز البدل عنه قبله والثالث ان الدم واجب عليه عندنا

اذا فات صوم الثلثة قبل يوم النحر وهو اي الوجوب غير معقول لانه فات بنفسه وببدله فكيف يجب بعد ذلك والجواب ان الصوم بدل عن الهدى اذا لم يجد بعد ما احرم بالعمرة بالنص والاصل من حيث انه موقت بوقت معين ولو كان بدلا من كل وجه كان كالمبدل في الاطلاق بعد ايام النحر لان حكم البدل حكم الاصل وحكم الاصل في الاطلاق كالتيمم مع الوضوء فبالنظر الى الاصالة جاز بغير قصود الاصل وقبل تمام النحر عند وبالنظر الى البدلية يلزم الهدى اذا قدر عليه قبل التحلل في يوم النحر للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واما وجوب الدم بعد مضي ايام النحر اذا لم يصم الثلثة فبناء على الاصل لان الدم هو الاصل وليس مقيدا بايام النحر لقوله تعالى فما استيسر من الهدى غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه في يوم النحر وفيما بعده وفيه بحث من وجهين احدهما ان ذبح هدي المتعة موقت بايام النحر وهو على مقتضى هذا النص فلو لم يكن مقيدا لجاز قبل يوم النحر وليس كذلك والثاني ان الدم واجب اذا فاته صوم الثلثة عن وقته فكيف عن الحج بقوله فيجاز الدم والجواب عن الاول ان هدي المتعة والقران يختص ذبحه بيوم النحر بدليل تقتضيه على ما سيأتي في بابه ان شاء الله تعالى فلا يجوز قبله والمراد بالاصل المذكور في الكتاب ما هو المعهود ان الشيء اذا وجب في وقت معين ولم يقدر عليه المكلف به لم يسقط عن ذمته ويجوز ان يأتي به بعد ذلك في اي وقت كان وههنا وجب ولم يقدر عليه فيأتي به في اي وقت قدر وعن الثاني انه عبر عنه بالجواز نظرا الى الصوم فانه لا يجوز في يوم النحر وهذا جائز فيه وفي غيره فعبر بالجواز هذا الذي سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله ومن مذهبه اعتقاد لا ايجاب الدم بعد الصوم وهو ظاهر قوله وذلك خلاف المشروع يعني ان المشروع ان يكون الوقوف مرتبا على افعال العمرة قوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات قياسا على التوجه الى الجمعة ووجه الصحيح ما ذكر من الفرق بينهما وهو ترد وجه كونه منهيا عنه ان الله امر بابتداء افعال العمرة بقوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج والامر بالشيء يقتضي كراهة ضده ولا كراهة الا به وقال انه نهي به لا يكون رافضا لعمرته بناء على ان طواف العمرة يدخل في طواف الحج فلا يلزم عليه طواف مقصود للعمرة والفائدة تظهر في وجوب الدم فعندنا يسقط عنه دم القران الذي هو نسك ويلزمه عليه دم رفض العمرة لان دفع الاحرام قبل اداء الافعال يوجب ذلك كما في الاحصار وعنده لا يجب عليه الدم في رفضها

باب التمتع

وجه تأخيره عن باب القران قد بين لفظ المشروع فيها فلا نعيده وكلامه واضح قال بعض الشارحين عرف المصنف التمتع بقوله ومعنى التمتع الترفق في الحج واعترض عليه بانه غير مانع لدخول من ترفق باداتهما والعمرة في غير اشهر الحج في سفر واحد ومن ترفق فيه في اشهر الحج من عامين وهما ليسا بمتمتعين فكان الواجب ان يقول هو الترفق باداء النسكين في اشهر الحج من عام واحد في سفر واحد اي والجواب ان ما ذكره المصنف تفسيره وما كونه الترفق في اشهر الحج من عام واحد فهو شرط فسنذكره والالمام هو النزول يقال الم بأهله اذا نزل وهو على نوعين صحيح وفاسد والاول عبارة عن النزول في وطنه من غير بقاء صفة الاحرام وهذا انما يكون في المتمتع الذي لم يسق الهدى والثاني ما يكون على خلافه وهو انما يكون فيمن ساقه فقوله المامها صحيحا احتراز عن الالمام الفاسد فانه لا يمنع صحة التمتع عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما يأتي قوله ويحلق او يقصر قال

ويقطع التلبية اذا ابتداء بالطواف وقال مالك رحمه الله كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت

شيخ الاسلام في مبسوطه هذا التخيير انما كان له اذا لم يكن شعره ملبدا او معقوصا او مضفورا واما اذا كان ملبدا فانه لا يتخير لان التقصير لا يتهيأ الا بالنتف وذلك متعذر فيتعين الحلق **وقوله** وهذا تفسير العمرة اي ليس لها طواف القدوم والصدر لان معظم الركن فيها هو الطواف وما هو كذلك لا يتكرر كما لو تكرر في الحج نفق له وتتم به اي يتم زيارة البيت بوقوع البصر على البيت ولان الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج فكما تقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك ههنا ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر قوله ولان المقصود هو الطواف بيانه ان هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم فكما ان التلبية يقطع عند افتتاح الرمي يقطع عند افتتاح هذا الطواف والجامع ان كلا منهما اول نسك مقصود في يوم فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يقطع المفرد بالحج التلبية اذا ابتدأ بطواف القدوم لانه اول نسك مقصود في هذا اليوم فالجواب انا لا نسلم انه مقصود لان المراد به ان يكون واجبا وطواف القدوم ليس كذلك سلمنا ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس لما روي انه عليه السلام اردف الفضل من عرفة الى منى فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة قال ويقيم بمكة حلالا المستمتع اذا احل من عمرته يقيم بمكة حلالا فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد ولكن ليس كل مما ذكرنا شرطا فلو احرم قبل يوم التروية فهو افضل لان فيه اظهار المسارعة والرغبة في العبادة ولانه اشق فكان افضل وكذا لو احرم من الحرم في غير المسجد جاز لما ذكر في الكتاب قوله على ما بينا اراد به ما ذكر في آخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل **وقوله** وفعل ما يفعله الحاج المفرد يعني خلا انه لا يطوف طواف التحية لانه لما احل صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي ويرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج قوله ولو كان هذا المتمتع بعدما احرم بالحج طاف يعني طواف القدوم وسعى قبل ان يخرج الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه اتى بذلك مرة ولا تكرار فيه ثم الرمل ههنا يسقط سواء رمل في طواف التحية اولم يرمل ولهذا سكت عن ذكره فلم يقل طاف ورمل لان الرمل انما شرع في طواف بعده سعي ولا سعي ههنا لانه وجد مرة وفي هذا الكلام دلالة على ان طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه **وقوله** وعليه دم التمتع ظاهر قوله خلافا لمالك فهو يعني انه يقول لا يجوز صوم ثلثة ايام حتى يحرم بالحج لقوله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه وهو الاحرام بالعمرة لانه طريق يتوسل به الى التمتع واداء المسبب بعد تحقق سببه جائز قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكره في القران ان نفس الحج لا يصلح ان يكون ظرفا **وقوله** وهذا افضل يعني من تمتع لم يسق الهدي **وقوله** على ما روينا يريد قول عائشة رضي الله عنها كنت افتل قلائد هدي رسول الله عليه السلام قوله لان له ذكرا في الكتاب يريد قوله تعالى ولا الهدي ولا القلائد ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بالتقليد والتوجه معه على ما سبق في فصل القران والشروع في الاحرام بالتلبية اولى لانه الاصل والتقليد يقوم مقامها والعمل بالاصل اولى عند الامكان لا محالة ثم السوق في الهدي افضل من القود لان النبي عليه السلام سيقت هداياه لما احرم بذي الحليفة بين يديه **وقوله** وقالوا والاشعار يعني الى الصواب في رواية الاصل وذلك لان

الهدايا كانت مقلدة الى رسول الله عليه السلام وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرؤس وكان الرمح بيمينه لا محالة وكان يقع طعنه عادة اولا على يسار البعير ثم كان يعطف على يمينه ويشعر الاخر من قبل يمين البعير اتفاقا للاول لا قصدا اليه فصار الامر الاصلي احق بالاعتبار في الهدي اذا كان ماحلا قوله وانما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اي لا ينفر ولا يطرد عن الماء والكلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم لان القلادة قد تحل وقد يحتمل ان يسقط منها والاشعار لا يفارقها فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة والمثلة هي ان يصنع بالحيوان ما يصير به مثلة وقيل هي ايلام ما وجب قتله او ابيح قتله بحقه ولابي حنيفة رحمه الله انه اي الاشعار مثلة وانه اي فعل المثلة منهي عنه ولو وقع التعارض بين كونه سنة وكونه مثلة فالترجيح للمحرم فان قيل النهي عن المثلة كان باحد والاشعار عام حجة الوداع والمتأخر ناسخ فاين التعارض اجيب بان عمران بن الحصين روى ان النبي عليه السلام ما قام خطيبا الا نهانا عن المثلة فكان الاشعار منسوخا فلا اقل من التعارض والترجيح للمحرم للاحتياط والاحتراز عن تكرار النسخ قوله واشعار النبي عليه السلام جواب عما قالا انه سنة في انه مروي عن النبي عليه السلام وهو ظاهر وقوله عليه السلام لو استقبلت من امري ما استدبرت اي لو علمت اولا ما علمت آخرا لما سقت الهدي وقصته وذلك ان النبي عليه السلام امر اصحابه ان يفسخوا احرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الكفرة وكانوا لا يفسخون ولا يحلون ينتظرون رسول الله عليه السلام يحلق اولا فاعتذر النبي عليه السلام وقال لو استقبلت الحديث فبين ان سوق الهدي يمنعه عن التحلل ولولا ذلك لتحلل قوله ويحرم بالحج ظاهر قوله بما بينا اشارة الى ما قال وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا يعني قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج قوله فاذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين يعني احرام العمرة واحرام الحج فان قيل التحلل منهما يقتضي قيام كل منهما عند الحلق ولو كان احرام العمرة باقيا عنده لزم القارن دمان اذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد ولو كان الاحرام باقيا لوجب قيمتان كما قبل الوقوف اجيب بان احرام العمرة باق للتحلل لا غير لان التحلل لا يتصور بدونه واما بالنسبة الى ما عداه فليس بباق لان الله تعالى جعل غاية احرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجودها الا لضرورة وهي بالنسبة الى التحليل لا غير فاذا كان كذلك لم يتحقق الجناية على احرام العمرة فلا يجب لاجلها شيء كاحرام المفرد بالحج بعد الحلق فانه لا يبقى في حق سائر المحظورات ويبقى في حق الجماع ضرورة طواف الزيارة قوله وليس لاهل مكة تمتع ولا قران اعلم ان اهل مكة ومن كان داخل الميقات لا تمتع لهم ولا قران عند ابي حنيفة رحمه الله واصحابه رحمهم الله وامامهم في ذلك علي وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم ولو تمتعوا جاز واساؤا ولزمهم دم الجبر وقال الشافعي رحمه الله لهم التمتع والقران ولكن لا دم عليهم واستدل على ذلك بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فانه باطلاقه لا يفصل بين آفاقي وغيره فان قيل ذلك لمن لم يكن اشارة الى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي ان لا يكون لاهل حاضري المسجد الحرام تمتع اجاب الشافعي رحمه الله بان ذلك اشارة الى الهدي المعلوم من قوله تعالى فما استيسر من الهدي ولاجل هذا قلت انه لا دم عليهم ولنا قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام وقوله ان موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم وما ذكره من الهدي قريب لا يصلح حقيقة والتمتع المفهوم من تمتع بعيد يصلح لذلك فيصار اليه لان العمل اذا امكن بالحقيقة لا يصار الى المجاز

بالاتفاق فيكون الآية حجة عليه فان قيل فالجواب عن استدلاله بالاطلاق قلت لا اطلاق ثم فان كلمة
من عامة خصصت بقوله ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام قوله ولان شرعهما دليل معقول لنا
ونفي بيان شرع المتعة والقران لاجل الترفه باسقاط احدى السفرتين وهو ظاهر والترفه بذلك في حق
الآفاقي لان غيره لا يشق عليه هذا السفر لقربه حتى يترفه واعترض بوجهين احدهما ان النص ان كان
ينفي ما ذكرتم على انه عام لكن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على النفي عما عداه والثاني ان الله تعالى شرع
القران والمتعة ابانة لنسخ ما كان عليه اهل الجاهلية في تحريم العمرة في اشهر الحج والنسخ ثبت في حق الناس كافة
ودفع الاشارة الى ما ذكرتم ينافي ذلك واجيب عن الاول بان تخصيص الشيء بالذكر كما انه لا يدل على
نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له ايضا والاصل فيه العدم فيبقى الى ان يدل الدليل على خلافه وعن الثاني
بان النسخ ثابت عندنا في حق المكي ايضا حتى لو اعتمر في اشهر الحج جاز بلا كراهة ولكن لا يدرك فضيلة التمتع
لان الالمام قطع متعته كما قطع متعة الآفاقي اذا رجع بين النسكين الى اهله وفيه نظر لانه يستدل به
على بطلان المتعة لا على عدم ادراك الفضيلة والصواب ان يقال لان متعته نقصت عن متعة الآفاقي
بصيرورته دم جبر قوله ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران
بناء على تفسير اهل حاضري المسجد الحرام فعندنا هم اهل مكة ومن كان داخل المواقيت سواء كان
بينه وبين مكة مسيرة سفر كذا في مبسوط شيخ الاسلام قوله بخلاف المكي متصل بقوله وليس لاهل مكة تمتع
ولا قران يعني ليس له ذلك ما دام بمكة بخلاف ما اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح بلا كراهة لان عمرته
وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي قال الامام المحبوبي هذا اذا خرج الى الكوفة قبل اشهر الحج
واما اذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات وانما خص القران بالذكر لانه اذا
خرج المكي الى الكوفة واعتمر لا يكون متمتعا على ما نذكر واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة
ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه باتفاق اصحابنا لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وقد تقدم
تفسيره وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه وعدة من التابعين رضي الله عنهم وهذا لان حد التمتع
ليس بصادق عليه حيث انشأ لكل نسك سفرا من اهله والمتمتع من يترفق باداء النسكين في سفرة واحدة
وان ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا على ما ذكر في الكتاب وهو واضح قوله بخلاف المكي متصل بقوله
واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا يعني الآفاقي اذا فعل ذلك لا يكون المامه صحيحا بخلاف المكي
اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هنالك غير مستحق
عليه لان المراد بالعود هو ما يكون من الوطن الى الحرم او الى مكة وليس ههنا بموجود لكونه في الحرم او في
مكة فلا يتصور العود واذا ساق الهدي لا يكون متمتعا فلان لا يكون اذا لم يسق كان اولى قوله ومن احرم
بعمرة قبل اشهر الحج فيه ثلثة مذاهب ذهب الشافعي الى انه اذا احرم بالعمرة قبل اشهر الحج لا يكون متمتعا
وان ادى الافعال فيها وقال مالك هو متمتع وان لم يؤد فيها اذا كان التحلل عن احرام العمرة فيها وقلنا
ان ادى اربعة اشواط فيها كان متمتعا والا فلا وجه قول الشافعي انه لم يجمع بين النسكين في اشهر الحج
لتقدم ركن العمرة عليها وهو الاحرام ووجه قول مالك ان الجمع بينهما موجود باعتبار الاتمام وهو
التحلل فيها ولنا ما ذكره في الكتاب ان الاحرام شرط فجاز تقديمه كتقديم الطهارة على وقت الصلوة ولانه

باداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر والاكثر حكم الكل قيل انما لم يعارضه نص فان ثلث ركعات من الظهر
ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق برباعية الظهر فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج طائفة مما ذكرناه
قوله وهذا اشارة الى انه لم يكن متمتعا واراد بالنسك العمرة ومعناه ان نسك العمرة يفسد اذا جامع بعد
ما طاف ثلثة اشواط ولم يفسد بعد ما طاف اربعة اشواط فاذا طاف اربعة اشواط قبل اشهر الحج صار بحيث
لا يفسد نسكه بالجماع فصار كانه تحلل قبل اشهر الحج ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا وعلى هذا يكون
هذا المذكور حجة على مالك لانه يعتبر الاتمام وهذا في حكم الاتمام في حق عدم الفساد فكذا في حق كونه غير متمتع
ولان الترفق انما يكون باداء الافعال والمتمتع هو المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر
الحج فلا بد ان يوجد الافعال كلها او اكثرها فيه حتى يكون متمتعا والجواب عن الشافعي قد تقدم
من ان الاحرام ليس من افعال العمرة بل هو من الشروط قال واشهر الحج شوال وذو القعدة
وعشر من ذي الحجة لما ذكر ان المتمتع هو الذي يترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج احتاج
الى ان يبين الاشهر فقال اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فان قلت هل التمتع اختصاص
بذلك او القارن ايضا لا بد له ان يجمع بين النسكين في اشهر الحج قلت قال صاحب النهاية وجدت رواية
في المحيط انه لا يشترط لصحة القران ذلك قال في المنتقى رجل جمع بين حجة وعمرة في احرام ثم قدم مكة وطاف
لعمرته في شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدي عليه قوله كذا روي عن العبادلة الثلثة وعبد الله بن الزبير
رضي الله عنهم وانما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله
ابن عباس لانه ما كان منهم في عرفهم من اطلاق العبادلة الا هؤلاء الثلثة واما في عرف المحدثين فالعبادلة
عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله بن مسعود
منهم لانه كان تقدم موته ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وفي
هذا اشارة الى نفي قول مالك رحمه الله ان وقت الحج جميع الاشهر الثلثة وهو مروي عن عروة بن الزبير استدلالا
بقوله تعالى الحج اشهر معلومات اقل الجمع المتفق عليه ثلثة وفائدة ذلك انما يظهر في حق جواز تأخير طواف
الزيارة الى آخر ذي الحجة فان قلت الحج يفوت بمضي عشر ليال وتسعة ايام فلا يكون اليوم العاشر
وهو يوم النحر من وقت الحج قلت هو متمسك ابي يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية ولكنا نقول فوات الحج يتعلق
بالفجر من يوم النحر لان الوقوف وهو الركن الاعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته لا لانه خرج وقت
الحج الا ترى ان طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله وهو ركن والركن لا يجوز ان يكون في غير وقته
ولقائل ان يقول ان اعتبرتم الفوات يلزم ان لا يكون يوم النحر من وقت الحج وان اعتبرتم اداء الاركان
وجب ان يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لان طواف الزيارة يجوز فيهما وحينئذ جاز ان
يكون ذو الحجة كله من وقته كما قال مالك رحمه الله والحق ان يقال ان المنقول في ذلك عن العبادلة وغيرهم
من الصحابة واللغة يعز به ان اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة وفيه نظر لان المنقول عنهم
وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو الليالي فلا يكون حجة في دخول يوم النحر وقته والجواب ان ذكر احد
العددين من الليالي والايام بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر كما تقدم في الاعتكاف
فان قيل سلمنا ذلك لكن اوجبه دخول شوال وذي القعدة من وقته واداء الحج لا يصح فيهما اجيب بانه

قال الله فان قدم الاحرام عليها جاز احرامه اقول ومن تقرير
الدليل يظهر وجه التفريع فانه شرط منفصل يتقدم على
انه يكون يوم عرفة وما بعده فيجوز التقدم
على وقته ايضا وبهذا تبين الاحرام
فانه شرط منفصل

بعض انفعاله يصح فيها الا ترى ان الآفاقي اذا قدم مكة في شوال وطاف وطواف القدوم وسعى بعده فان هذا السعي يكون
السعي الواجب في الحج فانه لا يجب الاعادة واحدة ولو فعل ذلك في رمضان لم يجز عن السعي الواجب في الحج قوله وهذا
اي ما نعرف من العبادلة وما ذكرنا من الحقيق ليدل على ان المراد من قوله الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله
ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك ومن الشارحين من قال لفظ اشهر عام فيجوز ان يراد منه بعض وليس بشيء لان ما
الى الخصوص اذا كان العام جمعا الثلثة ولان الخصوص انما يكون باخراج بعض افراد العام لا باخراج بعض
فرد منه من قال ان اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فان المراد بالجمع
التثنية ورد وبان ذلك عند عدم الالتباس كما في هذا المثال وما نحن فيه ملتبس وقوله هو من باب ذكر الكل
وارادة الجزء فان قلت فيكون مجازا فلا بد من قرينة قلت سياق الكلام لانه قال الحج اشهر والحج نفسه
ليس باشهر فكان تقديره والله اعلم الحج في اشهر والظرف لا يستلزم الاستغراق وكان البعض مرادا
وعينه ما روي عن العبادلة وغيرهم قوله فان قدم الاحرام عليها اي على اشهر الحج جاز احرامه عندنا وانعقد
حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده فلا يتحقق قبل اوانه فان قيل المذكور في
الكتاب يدل على انه لا يصح عن الحج والمدعى وقوعه احراما للعمرة فالجواب ان الاحرام اذا وجد ولم يصلح
ان يكون للحج ينصرف الى ما يصلح له حذرا عن الالغاء كمن نوى صوم القضاء من النهار فانه يكون شارعا في
النفل وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت فان قيل لو كان شرطا لما كره قبل اشهر
الحج لكنه مكروه اجيب بان الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل لئلا يقع في المحظور بطول الزمان فان
ولان الاحرام تحريم اشياء اي يستلزم تحريم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الرأس ونحو ذلك وايجاب اشياء
كالرمي والسعي وامثالها وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان يعني الميقات لا يقال هذا
كله تعليل في مقابلة النص وهو ما روي انه عليه السلام قال المهل بالحج في غير اشهر الحج مهل بالعمرة ونحن
ذلك دلالة على انه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه لانا نقول هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله قوله
واذا قدم الكوفي بعمرة بين المسئلة على اربعة اوجه الاول هو ما ذكره في الكتاب بقوله ثم اتخذ مكة دارا يعني
بها بعد ما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع والثاني ما ذكره ثانيا بقوله
او البصرة دارا وحج من عامه ذلك وقال هو متمتع وهو ينصرف الى الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير
ولم يذكر فيه خلافا والثالث هو ان يخرج من مكة ولا يجاوز الميقات حتى يحج من عامه ذلك وفيه ايضا متمتع
ولم يذكره لان حكمه يعلم من الوجه الاول والرابع هو ان يخرج من مكة ويجاوز الميقات وعاد الى اهله ثم حج من
عامه ذلك وهو في هذا الوجه ليس بمتمتع لانه الم باهله الماما صحيحا ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكره لكونه معلوما
مما تقدم قوله اما الاول اي الوجه الاول وانما صار فيه متمتعا لانه ترفق بنسكين في سفر واحد في
الحج من غير ان يلم باهله الماما صحيحا ومثله متمتع واما الثاني فقيل بالاتفاق وذكر الجصاص انه لا يكون
متمتعا على قول الكل ذكره في المبسوط وقول المص هو ملتبس لانه قال فقيل هو بالاتفاق وهو يحتمل ان يكون
في كونه متمتعا وفي كونه لا يكون متمتعا والثاني هو المراد على ما ذكره الجصاص وروى الحاكم الشهيد عن ابي
عصمة سعد بن معاذ ان ما ذكره في الكتاب يعني الجامع الصغير قول ابي حنيفة رح وعلى قولهما لا يكون متمتعا
وهكذا ذكر الطحاوي لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهذا ليس كذلك لانه نسكا ميقاتيا

لانه بعد ما جاوز الميقات حلالا وعاد يلزمه الاحرام من الميقات فكان كالملم باهله ولابي حنيفة رح ان السفرة
الاولى قائمة ما لم يعد الى اهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج والحاصل ان الاصل عنده انه ما لم يصل
الى اهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات وعندهما ان من خرج من الميقات بمنزلة من وصل الى اهله وانما قال فوجب
التمتع ولم يقل فهو متمتع لان فائدة الخلاف تظهر في وجوب الدم فقال وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر
ولهذا حل له التناول منه فيضاف الى ايجابه باعتبار ان الشبهة احتياطا قوله فان قدم بعمرة اي باحرام
عمرة فافسدها بان جامع امرأته قبل اعمال العمرة وفرغ منها يعني مضى وقصر وتحلل ثم اتخذ البصرة دارا ثم
اعتمر في اشهر الحج اي قضى العمرة التي افسدها وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة رح يعني اذا كان
خروجه الى البصرة في اشهر الحج واما اذا خرج قبل اشهر الحج واعتمر وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا بلا
خلاف كذا في النهاية ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام والفوائد الظهيرية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
هو متمتع والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب وقوله واذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها من المتعة
لانها اتت بغير الواجب عليها اذ الواجب عليها دم المتعة والاضحية ليست بواجبة ولئن كانت واجبة بان
اشترت بنية الاضحية فذلك واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع وكذا الجواب في الرجل وانما خصت المرأة
لان السائل كانت امرأة فوضعت المسئلة على ما وقع وانما لان الغالب من حالهن الجهل ونية التضحية
في هدي المتعة لا يكون الا عن الجهل ثم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة لانه
كان واجبا عليها ودم آخر لانها قد حلت قبل الذبح واذا حاضت المرأة عند الاحرام اغتسلت واحرمت
وصنعت كما يصنع الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف وهو
روي ان النبي عم دخل عليها وهي تبكي فقال ما يبكيك لعلك نفست فقالت نعم فقال هذا شيء كتبه الله على بنات آدم
دعي عنك العمرة او قال انقضي رأسك وامتشطي واصنعي جميع ما يصنع الحاج غير ان لا تطوفي
بالبيت والاستدلال انما هو بقوله واصنعي جميع ما يصنع الحاج وليس فيه ما يدل على الاغتسال ولكن فيما
روى ابو داود في السنن باسناده الى عائشة رضي الله عنها قالت نفست اسماء بنت عميس بمحمد بن ابي بكر
فامر النبي عليه السلام ابا بكر ان تغتسل وتهل دليل على ذلك ولان الطواف في المسجد والحائض ممنوعة عن
دخول والوقوف في المفازة وليست بممنوعة عنها فان قيل لا فائدة في هذا الاغتسال لانها لا تطهر به مع
قيام الحيض اجاب بقوله وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا للنظافة قوله ولا شيء
عليها لطواف الصدر اي لترك طواف الصدر لانه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر
روت عائشة رضي الله عنها ان صفية بنت حيي حاضت فقال النبي عليه السلام عقرى حلقى انك لحابستنا
اما كنت طفت يوم النحر قالت بلى قال فلا بأس انفري فلما ثبت الرخصة للحائض والنفساء في ترك طواف
الصدر لم يجب بتركه شيء لان الاصل ان كل نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه كفارة وعقرى وحلقى
نعت عند المحدثين ومعناه عقر جسدها واصابها في حلقها وجع وقوله ومن اتخذ مكة دارا فليس
قوله بعد ما حل النفر الاول يعني اليوم الثالث من ايام النحر لانه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنية
الاقامة بعده ذلك كمن اصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر لا يحل له ان يفطر فاما اذا اتخذ مكة دارا قبل
ان يحل النفر الاول فلا يجب عليه طواف الصدر لانه صار كمقيم سافر قبل ان يصبح فانه يباح له الافطار

وعلى قول ابي يوسف رح سقط عنه طواف الصدر الا ان يكون عزم على الاقامة بعد ما افتتح الطواف لان وقت الطواف انما
يدخل بعد حل النفر الاول وما بقي الوقت لا يصير دينا في ذمته فيسقط بالعارض المغير كالمرأة حاضت في وقت الصلوة
لا يلزمها قضاؤها

باب الجنايات

لما فرغ من بيان احكام
المحرمين بدأ بما يعتريهم من العوارض من الجنايات والاحصار والفوات وهي جمع جناية والجناية اسم لفعل محرم
شرعا سواء حل بمال او نفس ولكنهم اعني الفقهاء خصوها بالفعل في النفوس والاطراف واما الفعل في المال فسموه
غصبا والمراد ههنا فعل ليس للمحرم ان يفعله وانما جمع لبيان انها ههنا انواع وقوله واذا تطيب المحرم التطيب
عبارة عن لصوق عين له رائحة طيبة ببدن المحرم او بعضو منه فلو شم طيبا ولم يلتصق ببدنه من عينه شيء لم يجب
عليه شيء ذكره ولا ان تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل والتطيب يزيل هذه
الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت محل الجناية فيفصل ذلك بقوله فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم قوله
فما زاد فصل في البين وقوله وذلك مثل الرأس ظاهر والفاصل في الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة
فان العادة في استعمال الطيب لقضاء التفث عضو كامل فيتم به الجناية وفيما دونه في جناية نقصان فيكتفي
الصدقة قوله ونحن نذكر الفرق بينهما من قوله ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل الخ وقوله الا في
موضعين يعني اذا طاف طواف الزيارة جنبا واذا جامع بعد الوقوف بعرفة قوله الا ما يجب بقتل القملة والجراد يعني
ان التصدق فيهما غير مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما شاء وقوله عليه السلام الحناء طيب قاله حين نهى
المعتدة ان تختضب بالحناء وان صار ملبدا بان كان الحناء جامدا فعليه دمان دم للتطيب ودم
للتغطية يعني اذا غطاه يوما الى الليل وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وكذا اذا غطى ربع الرأس اما اذا كان
اقل من ذلك فعليه صدقة قوله باعتبار انه يغلف رأسه اي يغطيه والوسمة بكسر السين ورق النيل وسكون
[illegible] خضاب قوله وهذا اي تأويل ابي يوسف بالتغليف صحيح لان تغطية الرأس توجب الجزاء
ثم ذكر في الاصل يعني في المبسوط الحناء رأسه ولحيته واقتصر في الجامع الصغير على ذكر الرأس خاصة وفي
دلالة على ان كل واحد منهما عضو قوله وان ادهن بزيت يعني بزيت خالص اما المطيب يعني فمن ذكر
فعليه دم اذا بلغ عضوا كاملا وكلامه ظاهر قوله انه اصل الطيب فان الروائح تلقى فيه فيصير غالية ويقتل
الصيد في الاصل لم يلزم بكسر الجزاء فكذا باستعماله وهذا الخلاف في الزيت البحت اي الخالص والحل اي
دهن السمسم اما المطيب منه كالبنفسج وهو معروف والزنبق على وزن العنبر دهن الياسمين وما اشبههما
كدهن البان والورد فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى
به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه وهو ظاهر وقوله بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه كالعنبر
والكافور لانها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وان كان على وجه التداوي قوله وان لبس ثوبا مخيطا
حكم الليلة ايضا كذلك وقولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس لانه اعد لذلك قال الله تعالى وجعل لكم سرابيل
تقيكم الحر وهذا المعنى قد يتم فيكون الارتفاق كاملا وقد يقصر فيكون ناقصا فلا بد من حد فاصل بين
الكامل والقاصر لتعيين الجزاء وبعد ذلك فقدره باليوم او الليلة لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة فان من لبس
ثوبا يليق بالنهار ينزعه في الليل ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه بالنهار فاذا نزع دل على تمام الارتفاق
فيجب فيه الدم وما دون ذلك تتقاصر الجناية فيه لنقصان الارتفاق فيجب الصدقة ثم ان ابا يوسف اقام

الاكثر مقام الكل لان المحرم قد يرجع الى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس فكان اللبس اكثر النهار
ارتفاقا مقصودا لكن هذا غير منضبط فان احوال رجوع الناس الى بيوتهم قبل الليل فينزع مختلفة بعضهم
يرجع في وقت الضحى وبعضهم قبله وبعضهم بعده فكان الظاهر هو الاول وقوله ولو ارتدى بالقميص
او اتشح به الاتشاح هو ان يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر وقوله خلافا لزفر رح وهو يقول
القباء مخيط فاذا ادخل منكبيه صار لابسا للمخيط فان القباء يلبس هكذا عادة وقلنا ما لبس لبس القباء
لان العادة في ذلك الضم الى نفسه بادخال المنكبين واليدين لانه ما اخذ من القباء وهو الضم ولم يوجد
فيكلف في حفظه وعلى هذا الوجه لم يدخل يديه في الكمين كان لابسا لانه لا يتكلف اذ ذاك في حفظه وانما
اعاد قوله والتقدير في تغطية الرأس ليبتني عليه الفروع وقوله بما بيناه هو ما قال اذا غطى رأسه يوما كاملا
وقوله ولا خلاف اذا غطى رأسه ظاهر وقوله يعتاده بعض الناس كالاتراك والاكراد فانهم يغطون رؤسهم
بالقلانس الصغار ويعدون ذلك ارتفاقا كاملا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة الكثرة
اذ حقيقتها انما تثبت اذا قابلها اقل منها والربع والثلث كثير حكما لا حقيقة وقوله واذا حلق ربع رأسه
فصاعدا وقال مالك رح لا يجب الا بحلق الكل عملا بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم فان الرأس اسم
للكل وقال الشافعي رح يجب بحلق القليل وهو ثلث شعرات وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم
الجنس يتأدى بادنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد
فان الاتراك يحلقون اوساط رؤسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لا ربع الناحية والزينة والارتفاق الكامل
يتكامل به الجناية كما تقدم وتتقاصر فيما دونه وفي قوله يتكامل به الجناية اشارة الى دفع قول مالك رح فانه قال
بحلق كل الرأس لتكامل الجناية فاشار الى ان الجناية يتكامل بالبعض ايضا وفي قوله وتتقاصر فيما دونه
اشارة الى نفي قول الشافعي انه يجب الجزاء بالقليل فاشار الى ان الجناية في القليل قاصرة فكيف توجب الدم
ولنا حلق اللحية هو متعارف فان الاكاسرة كانوا يحلقون لحى شجعانهم وكذلك الاخذ من اللحية بعد الربع
وما يشبهه معتاد بالعراق وارض العرب فكان مقصودا بالارتفاق كحلق الرأس فالحق به احتياطا لامر
الكفارة في المناسك فانها مبنية على الاحتياط حتى وجبت بالاعذار بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود
اذ العادة في التطيب ليست في الاقتصار على الربع فكان العضو الكامل في الطيب كالربع في الحلق في حق
الكفارة وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم
لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة قيل اذا كان كل واحد من الابطين
مقصودا بالحلق وجب ان يجب بحلقهما دمان واجيب بان جنايات المحرم اذا كانت من نوع واحد يجب
فيها ضمان واحد الا ترى انه اذا ازال شعر جميع بدنه بالنورة لم يلزمه الا دم واحد وقد ذكر في الابطين
الحلق ههنا يعني في الجامع الصغير وفي الاصل اي المبسوط النتف وهو سنة بخلاف العانة فان السنة
فيها الحلق لما جاء في الحديث عشر من الفطرة منها الاستحداد وتفسيره حلق العانة بالحديد وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله اذا حلق عضوا فعليه دم قيل قولهما بيان لقول ابي حنيفة رح لا انه خالفهما
في ذلك وانما خصا بالذكر لان الرواية محفوظة عنهما وقوله الا دية اي بعضو الصدر والساق
وما اشبه ذلك مثل الفخذ والعضد فان قيل الجناية بالحلق انما يتكامل اذا كان العضو مقصودا بالحلق

وما ذكرتم ليس كذلك قلت هذا الذي ذكرت هو ما ذكره في المبسوط قال بعد ما ذكر حلق الرأس ثم الاصل بعد
هذا انه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل اوان التحلل فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه صدقة
ثم قال ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ولكن المص ره ذكر ما هو الموافق لرواية الجامع الصغير
لفخر الاسلام نظرا الى انه مقصود بالنورة اى ازالته بالنورة ولا فرق عند الائمة الاربعة في ازالة الشعر
بين الحلق والنتف والنورة فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة وقوله فان اخذ من شاربه
ظاهر وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق فان من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية فكان
الواجب بكامل الجناية بحلقه واجيب بانه مع اللحية في الحقيقة عضو واحد لاتصال البعض بالبعض فلا
يجعل في حكم اعضاء متفرقة كالرأس فان من العلوية من عادته حلق مقدم الرأس وذلك لا يدل على ان كله ليس
بعضو واحد وقوله يدل على انه هو السنة دون الحلق هو المذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا لما
روى عن النبي عليه السلام انه قال عشر من فطرتي وفطرة ابراهيم خليل الرحمن وذكر منها قص الشارب
حتى يوازي الاطار قال في المغرب اطار الشفة ملتقى جلدتها ولحمتها مستعار من اطار المنخل والدف
قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم المراد بالمحاجم ههنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر لفظ
الموضع فلا يصح ان يكون جمع محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة ودليلهما ظاهر واما دليل ابي حنيفة
ففيه اشتباه لانه جعل حلقه مقصودا ووسيلة وهما متنافيان واجيب بانه لم يقل ان حلقه
مقصود لذاته بل قال مقصود وما لا يتم المقصود لذاته الا به فهو مقصود لذاته بل قال مقصود وما لا يتم
المقصود لذاته الا به فهو مقصود وان كان لغيره فلا تنافي بينهما بقي الكلام في ان المراد بالمقصود
اعم من ان يكون لذاته او لغيره وقوله عن عضو كامل يعني ان هذا الموضع في حق الحجامة عضو كامل
قوله وان حلق يعني المحرم رأس محرم بامره او بغير امره الحالق والمحلوق برأسه ان يكونا حلالين او محرمين
او الحالق حلالا والمحلوق محرما او بالعكس من ذلك فالاول لا كلام فيه والثاني على الحالق فيه الصدقة
حلق بامر المحلوق او بغيره خلافا للشافعي فيهما فانه يقول لا شيء على الحالق مطلقا لان الموجب هو
الارتفاق وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره ولا على المحلوق اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله
ان الاكراه يخرج المكره من المواخذة بحكم الفعل والنوم ابلغ منه لان القصد ينعدم بالاكراه ويعدم
بالنوم وقلنا في الحالق ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان
بمنزلة نبات الحرم وتناول محظورات الاحرام موجب الجزاء سواء كان في بدنه او في غير بدنه كما في
نبات الحرم فلا يفرق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان الجناية في شعره متكاملة فيلزمه الدم
وفي غيره الصدقة وفي المحلوق رأسه تقرر السبب الموجب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم
والنوم والاكراه لا يعدمان ما فيهن لان المأثم ينتفي بهما دون الحكم قيل ذكر المص ره ههنا اى بحلق
الشعر يحصل الزينة فيجب الكفارة وذكر في الديات من هذا الكتاب ان في شعر الرأس الدية لانه يفوت
به منفعة الجمال وذلك تناقض لان الجمال هو الزينة واجيب بانه جمال من حيث الخلقة ولهذا يتكلف
عادته في ستره ويحصل بحلقه زينة ازالة الشعث والتفل واذا اختلفت الجهة زال التناقض وقوله
بخلاف المضطر متصل بقوله حتما اى بخلاف المحرم المضطر الى حلق رأسه فاذا حلق تخير ان شاء ذبح

شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين وان شاء صام ثلثة ايام لان الآفة هناك سماوية وفي صورة
النزاع من العباد ثم المحلوق رأسه لا يرجع على الحالق بما وجب عليه من الدم وقال بعض العلماء يرجع
لانه هو الذي اوقعه في هذه العهدة فكانه اخذ هذا العذر من زاله وقلنا الدم انما لزمه بما نال من الراحة
فصار كالمغرور اذا اخذ العقر لا يرجع على الغار لانه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع قوله وكذا
اذا كان الحالق حلالا هو الوجه الثالث من الاقسام العقلية وليس فيه على الحالق شيء بالاتفاق وفي المحلوق
الخلاف المذكور قوله في مسئلتنا اراد به ما اذا كان الحالق محرما قوله في الوجهين اراد به ما كان بامره
وبغير امره وقوله واذا اخذ من شارب حلال يعني المحرم من شارب حلال او قص اظافيره اطعم ما شاء والوجه
فيه ما بينا يعني قوله ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام وقوله ولا يعرى عن نوع
ارتفاق اشارة الى الجواب عما قال الشافعي في حلق رأس غيره والاخذ من شاربه بمنزلة ان يلبس غيره
مخيطا في عدم ارتفاقه به فكما لا يجب في الالباس عليه شيء فكذلك ههنا وذلك لان في الحلق والاخذ
الشارب ارتفاقا فانه لان الانسان يتأذى بتفث غيره وليس في الباس المخيط ذلك لكن التأذي
بتفث غيره اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام قوله وان قص اى المحرم اظافير يديه ورجليه
فعليه دم قوله لان الجناية من نوع واحد يعني تسمية ومعنى اما تسمية فلان الكل يسمى قصا واما معنى
فلان الارتفاق من حيث القص وهو شيء واحد قوله لان مبناها على التداخل يعني ان المحرم اذا قتل
صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة وان كانت الجناية في حق الحرم والاحرام جميعا فكان مبناها على ذلك فاشبه
كفارة الفطر وهما يقولان كفارة الاحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل انها تجب على المعذور كالمكره
والنائم والمخطئ والناسي والمضطر وبالنظر الى ذلك لا يتداخل فعملنا بتقييد التداخل باتحاد المجلس
لانه اذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والمحال مختلفة فجمعنا اتحاد المقصود لوجود الجامع
وهو المجلس واما اذا اختلفت المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال ويلزم لكل واحد دم علانا لو
قلنا بتداخل الجنايات اذا كانت من جنس واحد لا يتعدد الكفارة كما اذا حلق رأسه في مجالس مختلفة فان
عليه كفارة واحدة لذلك فالجواب ان ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل واتحاد المجلس وكذا
اختلافها فمتى اتحد الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعددة
ومتى اتحد المقصود واختلف المحال فان اتحد المجلس يقوى جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة ومتى
اختلف المجلس يقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة فاذا عرفت هذا ظهر لك ان التعدد فيما نحن فيه عند
اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده ولا يلزم حلق الرأس عليه لان المحل متحد والمقصود كذلك
بخلاف محل النزاع لان المحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الابطين فان المقصود متحد والمحال مختلفة
ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحدا ومختلفا لان ذلك لا رواية فيه ولئن كان
فيه ما يوجب اتحاد المحال وهو التنوير فانه لو نور جميع البدن لم يلزمه الا كفارة وقد تقدم ان الحلق
مثل التنوير وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك وقوله وان قص يدا او رجلا ظاهر وقوله وجه المذكور
في الكتاب اى القدوري ان الظافر كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمه وكل ما هو كذلك لا يقام الكثير مقام
اما انها اقل ما يجب الدم بقلمه فلانه انما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل وفي ذلك شبهة وليس بعده

الا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال وقد اشار الى هذا التعليل بقوله وقد اقمنا مقام الكل وفي موضع
الحال اي انها اقل ما يجب الدم بقلم حال كونها مقامة مقام الكل ففيها شبهة الكلية الى آخر ما ذكرنا وانا ان كل ما يجب
كذلك لا يقام اكثر مقامه فلما قال لانه يؤدي الى ما لا يتناهى لانه اذا اقيم الثلثة مقام خمسة تقام الاثنان
مقام الثلثة ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا دفعا للتحكم
والمراد بقوله الى ما لا يتناهى الى ما يتعسر اعتباره لان الجسم عند اهل السنة والجماعة يتناهى الى الجزء الذي
لا يتجزى فلا بد من تاويل وذلك ما قلنا وان قص خمسة اظافير متفرقة بالجر صفة للمعدود كما في قوله
تعالى سبع بقرات سمان من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد بجامع انه قص خمسة اظافير ولا يفرق في ذلك بين ان
يكون من يد واحدة او من يد ورجل وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما ان الدم انما
يجب عند تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة وهذا ليس كذلك لان بالقلم على هذا الوجه يتأذى ويتشينه
ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد فان من يأخذ شيئا من مقدم رأسه وشيئا من مؤخره فاذا جمع الجميع يصير
مقدار الربع واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم
اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو
اربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء قوله وان كسر ظفر المحرم
ظاهر وقوله والآية نزلت في المعذور قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم مر بي رسول الله
والقمل تتهافت على وجهي فانا او قد تحت قدر لي فقال ايؤذيك هوام رأسك فقلت نعم فانزل الله تعالى
ففدية من صيام او صدقة او نسك فقلت ما الصيام يا رسول الله فقال ثلثة ايام كما ذكره في الكتاب
ولو لا تفسيره عليه السلام لقدرناه بستة ايام لانه لما قدر الطعام بستة مساكين كان القياس ان
يكون الصوم ستة ايام والحكم في كل ما اضطر اليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذلك يجب عليه
احد الاشياء المذكورة قوله وكذلك الصدقة عندنا يعني خلافا للشافعي رح فانه يقول لا يجزيه
الطعام الا في الحرم لان المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة اليهم وقوله لما بينا اشارة
الى قوله لانه عبادة في كل مكان قوله واما النسك يقال نسك لله نسكا ومنسكا اذا ذبح لوجهه
ثم قالوا لكل عبادة نسك ومنه قوله تعالى قل ان صلاتي ونسكي والمراد به هنا الهدي الذي يذبح في
الحرم بطريق الجزاء عما باشر من محظورات الاحرام كالتطيب والحلق في حالة العذر وذلك مخصوص بالحرم
بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان كالاضحية وهدي المتعة والقران في ايام النحر او في مكان
كما في دماء الكفارات قال الله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة وذلك واجب بطريق الكفارة وهذا
الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان وهو الحرم وليس المعنى بالاختصاص اراقة الدم لا غير
لانه تلويث الحرم انما المقصود هو التصدق باللحم بعد الذبح فعليه ان يتصدق بلحمه على فقراء الحرم وغيرهم
عندنا قوله ولو اختار الطعام اجزأه ظاهره ابو يوسف رح نظر الى كفارة اليمين في القرآن فانه
ذكر بلفظ الاطعام وهو يفيد الاباحة والى تفسير النبي عم الآية فانه قال اطعم ستة مساكين ومحمد رح
نظر الى قوله او صدقة فانها تنبئ عن التمليك بخلاف كفارة اليمين فان المذكور فيها الاطعام لا الصدقة

فصل

في جناية التطيب ونحوها بجناية الجماع ودواعيه لان التطيب واللبس كالوسيلة
للجماع والوسائل مقدم ولهذا قدم في هذا الفصل ذكر دواعي الجماع عليه فان نظر المحرم الى الفرج المرأة
اي الى داخل فرجها وهو موضع البكارة وانما يتحقق ذلك عند كونها متكئة بشهوة فامنى اي انزل المني
لا شيء عليه من الكفارة لان المحرم هو الجماع وهو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة وهو الايلاج ومعنى
وهو الانزال ولم يوجد ذلك فصار كما لو تفكر فامنى فانه لا يجب عليه شيء لما قلنا فان قبل او لمس
فعليه دم سواء انزل او لم ينزل على رواية الاصل وفي الجامع الصغير شرط الانزال حيث قال اذا مس
بشهوة فامنى ولهذا ذكر رواية الجامع الصغير وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج من الادخال
بين الفخذين والسرة فان الفرج يراد به القبل والدبر فما دونه يكون ما ذكرناه وروي عن الشافعي رح
انه اذا انزل فسد احرامه في جميع ذلك يعني التقبيل بشهوة والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج وهو
ذلك بالصوم فانه انما يفسد بهذه الاشياء اذا انزل لانه مواقعة معنى ولنا ان الاحرام لا يفسد
وان الانزال ليس بشرط لوجوب الكفارة في هذه الصور ان فساد الحج يتعلق بالجماع لانه لا يفسد بغيره
من المحظورات بالاجماع وهذا ليس بجماع فلا يتعلق به فساد الحج الا ان فيه الاستمتاع والارتفاق بالمرأة
وذلك محظور الاحرام لما تقدم ان دواعي الجماع ملحقة به فيلزمه الدم قوله بخلاف الصوم جواب عن
اعتباره بالصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة حيث كان يمكنه الكف عنها دفعا وما يدون الانزال فيما
دون الفرج لا يتحقق وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي
في الحج بأداء افعاله كما يمضي من لم يفسده والاصل فيه ما روي ان النبي عم سئل عمن واقع امرأته
وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل ولا فرق في ذلك بين ان
يكون عامدا او ناسيا او هي نائمة او مكرهة هكذا يعني مثل ما روي عن النبي عليه السلام نقل عن جماعة من الصحابة
وقال الشافعي رح يجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف والجامع تغلظ الجناية والحجة عليه ما روينا وهو
ما روينا وهو قوله عليه السلام يريقان دما ذكره مطلقا فيتناول الشاة لانه متيقن فان قيل المطلق
ينصرف الى الكامل والجزور كامل فينصرف اليه فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل اذا لم يكن ما ينفيه
وهو هنا موجود لان الجماع قبل الوقوف لما كان سببا للقضاء خف معنى الجناية للاستدراك
المصالح الفائتة بالقضاء فلو اوجبنا البدنة لزم ايجاب الجزاء الغليظ في مقابلة جناية خفيفة وهو خلاف
مقتضى الحكمة بخلاف ما اذا كان بعد الوقوف فان الجناية لم تخف لعدم وجوب القضاء فايجاب البدنة
في مقابلتها على مقتضى الحكمة والى هذا اشار المص رح بقوله ولان القضاء لما وجب الخ وعن ابي حنيفة
ان في غير القبل منهما اي من السبيلين وهو قبل من المرأة والرجل لا يفسد لتقاصر معنى الوطء ولهذا
لم يوجب الحد ولا يجب المهر بالاجماع وفي رواية يفسد لانه كامل من حيث انه ارتفاق وعندهما
لانه يوجب الحد قوله وليس عليه ان يفارق امرأته الاصل فيه ان الصحابة رضي الله عنهم قالوا اذا
للقضاء يفترقان ومعناه يأخذ كل منهما في طريق غير طريق صاحبه فمالك رح اخذ بظاهر هذا اللفظ
فقال اذا خرجا من بيتهما فعليهما ان يفترقا وقال زفر رح يفترقان من وقت الاحرام لان الافتراق
نسك بقول الصحابة رح وقتها دون النسك بعد الاحرام وهذا ليس بشيء لان القضاء يحكى الاداء فلم

نسكا في الاداء لا يكون نسكا في القضاء وقال الشافعي رح اذا فرغا من المكان الذي جامعها فيه يفترقان لانهما
لا يأمنان اذا وصلا الى ذلك الموضع ان يهيج بهما الشهوة فيواقعها والمص رح ذكر دليلنا على وجه هو دافع للزوم
وهو واضح ونقول مراد الصحابة رضي الله عنهم انهما يفترقان على سبيل الندب ان خافا على نفسيهما الفتنة
كما يندب الشاب الى الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم اذا كان لا يأمن على نفسه وما سواه ومن جامع بعد
الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رح فيما اذا جامع قبل رمي جمرة العقبة فانه يقول يفسد
لان احرامه قبل الرمي مطلق اي كامل حيث لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم والجماع في الاحرام المطلق يفسد
الحج كما اذا كان قبل الوقوف بخلاف ما بعد الرمي فانه قد جاء اوان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراما على
المحرم قوله لقوله عليه السلام دليلنا ووجه ذلك انه عليه السلام قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس المراد
التمام من حيث اداء الافعال بالاتفاق لبقاء بعض الاركان فكان المراد به التمام من حيث انه يأمن الفساد
بعده لتأكد حجه بالوقوف الا ترى انه يأمن الفوات بعد الوقوف فكما يثبت حكم التأكد في الامن عن الفوات
كذلك يثبت في الامن عن الفساد فان قيل لو كان كذلك لما وجبت البدنة لان الشيء بعد تمامه لا يقبل
الجناية فلا يقتضي جزاء اجاب بقوله وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنه وهو ما روي عنه انه قال
اذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم واذا جامع بعد الوقوف فحجته تامة وعليه بدنة وروي
انه قال لا تجب البدنة في الحج الا في موضعين من جامع بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة
جنبا ولم يعرف له مخالف فحل محل الاجماع وقيل مثله لا مدخل للرأي فيه فكان مسموعا قوله او لانه قيل
انما ذكر بكلمة او لكون اثر ابن عباس غير مشهور فاتى بها ليكون متمسكا باحدهما وفيه نظر لان المطلوب
اثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار ولعله اتى باحد الجائزين فلا يسأل عن نكتته
ونقرر الجماع اعلى الارتفاقات لوفور لذته وكل ما هو كذلك يتغلظ موجبه لوجوب التعادل بين الجرم
والموجب مقتضى الحكمة وان جامع بعد الحلق فعليه شاة ظاهر قوله ومن جامع في العمرة بيان الجناية
على احرام العمرة وهو واضح لكن يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فانه اذا جامع بعدما
طاف لطواف الزيارة اربعة اشواط لم يجب عليه شيء وان فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر
في الكتاب واجيب بان ذلك ليس من حيث التفضيل بل من حيث محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة وقع على
الوجه المسنون في الترتيب انما يؤتى به بعد التحلل بالحلق او التقصير غاية ما في الباب ان حكمه تأخر في
حق النساء لمعنى وهو وقوع الركن في الاحرام فقام اكثر الاشواط مقام كله بخلاف العمرة فان طوافها قبل التحلل
وكان ارتكاب المحظور في محض الاحرام فيجب الدم ولهذا قلنا انه لو حلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد
طاف لها اربعة اشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك قوله وقال الشافعي رح يفسد في الوجهين
اي فيما جامع قبل ان يطوف اربعة اشواط وبعدها لانهما سيان في افساد الحج عنده فكذلك في العمرة
لانها عنده فريضة كالحج قوله وقال الشافعي رح جماع الناسي غير مفسد للحج لو قال للاحرام كان اشمل لتناوله
العمرة جعل النسيان غير مؤثر في فساده كما في الصوم وجعل الاكراه والنوم كالنسيان بناء على ان
الاكراه لما اباح الاقدام واعدم اصل الفعل مع كونه قاصدا كان النوم اولى لانتفاء القصد واذا انعدم
الفعل لم يكن جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهو ان يكون

يعني الجماع لقوله تعالى فلا رفث الآية فالرفث اسم للجماع وهو لا ينعدم بهذه العوارض وليس في معنى الصوم
لوجود المذكر وهو حالة الاحرام بخلاف الصوم فانه لا مذكر له

فصل

لما فرغ من بيان الجناية على الاحرام ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة قوله ومن طاف طواف القدوم
محدثا طواف القدوم محدثا يعتد به عندنا وعليه صدقة وقال الشافعي رح لا يعتد به ولا يجزيه لقوله عليه السلام
الطواف بالبيت صلوة ووجه الاستدلال انه عليه السلام شبه الطواف بالصلوة وليس بينهما ذاتا
من المشابهة لان ذات الطواف هو الدوران مما ينتفي به ذات الصلوة فيكون المراد ان حكمه حكم الصلوة ومن
حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ووجه الاستدلال ان الله تعالى
عز وجل امر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا بالآية ولا يجوز الزيادة عليه
بخبر الواحد لانه نسخ ثم قيل هي سنة وهو قول ابن شجاع والاصح انها واجبة وهو قول ابي بكر الرازي لانها يجب
بتركها الجابر وهو اما الدم عليها قائل به بعض مشايخ العراق او الصدقة كما ذكر في الكتاب وهو مروي
عن محمد وكل ما يجب بتركه جابر فهو واجب ولان الخبر يوجب العمل دون العلم فيثبت الوجوب دون الفرضية
قوله فاذا شرع في هذا الطواف دليل على وجوب الصدقة على تقدير كونها سنة وذلك لان الشروع في
النفل يلزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا
لدنوه عن الواجب بايجاب الله وهو طواف الزيارة وفيه بحث من وجهين احدهما ان دخول النقص بتركها
على تقدير كونها سنة في حيز النزاع فلا يؤخذ في الدليل والثاني انه منقوض بالصلوة النافلة فانه اذا
دخلها نقص تجبر بسجدة السهو كما يجبر الفرض بها ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن ههنا
ايضا كذلك والجواب عن الاول ان ترك السنة يوجب نقصا وينجبر بالكفارة الا ترى ان من افاض من
عرفات قبل الامام وجب عليه دم قال محمد رح لانه ترك سنة الدفع وعن الثاني بان الشرع جعل الجابر
في الصلوة نوعا واحدا فلا مصير الى غيره وفي الحج جعله متنوعا فامكن المصير الى ما يتبين به رتبة النفل
عن الفرض وهذا كله على رواية القدوري اختارها المص رح واما على ما ذكره الطحاوي وشيخ الاسلام انه
اذا طاف طواف التحية محدثا فلا شيء عليه لانه لو تركه اصلا لم يجب عليه شيء فكذا اذا اتى به محدثا فلا يحتاج
الى شيء من هذه التكلفات ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن وادخال
النقص في الركن اخس من ادخاله على الواجب وان كان جنبا فعليه بدنة وكلامه ظاهر قوله لان الاكثر له
حكم الكل يعترض عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلوة ونحوهما فان الاكثر فيها لا يقوم مقام الكل
وقد قدمنا الجواب عنه ونزيد ههنا بيانا وهو ان النبي عليه السلام قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس
ذلك الا باقامة الاكثر مقام الكل فان الحج له فروض ثلثة شرط وركنان وعندما وقف فقد حصل منها
اثنان وهو الشرط اعني الاحرام واحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك قوله
والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة وجه ذلك ان فيه تحصيل الجبران بما هو من جنسه فكان افضل
وفي بعض النسخ يريد به نسخ المبسوط قوله ثم اذا اعاده يعني طواف الزيارة قوله وان اعاده بعد ايام النحر
ان هذا للوصل بنقصان وقد اعاده ولم يبق الا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحدث وهي لا توجب
شيئا قوله وان اعاده وقد طاف جنبا ظاهر قوله فان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم اي الشاة لا

البدنة سقطت بالاعادة بالاتفاق وانما بقي دم يلزمه على قول ابي حنيفة رح لتاخير الطواف عن ايام النحر على ما عرف
فرح به ان من اخر نسكا عن نسك يجب عليه الدم وهذا الذى ذكره انما هو على اختيار ابي بكر الرازي رح ان المعتد به
من الطوافين اذا طاف الاول جنبا انما هو الثاني فان الاول ينفسخ بالثاني اذ لو كان الاول لما لزم دم التاخير
لان الاول مؤدى في وقته بخلاف ما اذا طاف الاول محدثا فان المعتد به هو الاول لقلة النقصان فكان الثاني
جابرا للنقصان تمكن فيه فان قيل ما تقول في معتمر طاف للعمرة في رمضان جنبا ثم اعاد طوافه في اشهر الحج
وحج من عامه فانه لا يكون متمتعا قال محمد رح في الكتاب ولو كان المعتد به هو الثاني لكان متمتعا اجيب
بان المعتمر لما طاف في رمضان وقع الامن عن فساد العمرة واذا امن فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتعا
فان قيل التحلل يحصل بالطواف الاول فيكون هو المعتد به اجيب بان الاول راعى الحكم لتفاحش النقصان
فيه فان اعاده انفسخ الاول واعتد بالثاني والا لكان هو المعتد به في التحلل به وقوله ولو رجع الى اهله
ظاهر وقوله الا ان الافضل هو العود لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجبور وهو الطواف وقوله ولو رجع
الى اهله ظاهر وقوله لان النقصان بترك الاقل يسير انما كان كذلك لان جانب الوجود راجح وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لانه اخذ حكم النقصان وفيه تنبيه على الفرق وقوله ومن ترك اربعة اشواط فصاعدا يعني من
طواف الصدر وقوله ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه صدقة يعني لكل شوط والتفاوت بين ترك
الاقل من طواف الصدر والاقل من طواف الزيارة والمراد بالصدقة ههنا ان يكون لكل شوط منه نصف
صاع من حنطة والحاصل ان اكثر طواف الصدر بمنزلة اقل طواف الزيارة في وجوب الشاة واذا كان في تركه
شاة فلا بد ان يكون في اقله صدقة قال ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وما ذكر من المسئلتين
والفرق بينهما واضح وفائدة نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه وههنا اصل وهو ان
كل من وجب عليه طواف واتى به في وقته وقع عنه سواء نواه او لم ينو او نوى به طوافا آخر فالمحرم اذا دخل
مكة فطاف ولم ينو شيئا او نوى التطوع فان كان معتمرا وقع عن العمرة وان كان حاجا وقع عن طواف القدوم
وان كان قارنا كان الطواف الاول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى التطوع او طوافا آخر وانما كان كذلك
لان الاحرام قد انعقد لادائه فاذا اتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته كما اذا سجد ينوي تطوعا لم يخرج
بنيته ووقعت السجدة عما هو مستحق عليه وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط
منه فعليه شاة الى قوله وما دام بمكة يؤمر بالاعادة وقوله ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء فانه واضح وقوله
فاما السعي يعني انما يعيد السعي وان لم يفتقر الى الطهارة لعدم وروده الا في الطواف عن النقص فيه
لكونه تابعا للطواف لانه لا يعتد به بدون الطواف وقوله وليس عليه في السعي شيء معطوف على قوله فعليه
دم وقوله وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي يعني ليس عليه شيء وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعض المشايخ
اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لانه لما اعاد الطواف فقد نقض الطواف الاول واذا
انتقض ذلك حصل السعي قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب عليه الدم ووجه الصحيح وهو
اختيار شمس الائمة السرخسي والامام المحبوبي والحسن رح ان الطهارة ليست بشرط في السعي وانما الشرط
فيه ان يكون على اثر طواف معتد به وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به فاذا اتى به مع تقدم الشرط عليه
حصل المقصود فان اعاده تبعا للطواف فهو افضل والا فلا شيء عليه وقوله ومن ترك السعي ظاهر وقوله

ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم قال في النهاية كان من حق الرواية ان يقال ومن افاض قبل غروب
الشمس فعليه دم لما ان المحظور عليه الافاضة قبل غروب الشمس ولو ترك قوله هذا يستلزم ذلك لان الامتداد
اذا كانت واجبة الى غروب الشمس فالافاضة قبل الامام لا يكون الا قبل الغروب لان الظاهر ان الامام لا يترك
ما وجب عليه من الاستدامة وقوله بخلاف ما اذا وقف ليلا متصل بقوله قلنا ان الاستدامة الى غروب الشمس
واجبة فان قيل قوله عليه السلام من وقف بعرفة بليل او نهار فقد ادرك الحج يقتضي ان لا يكون الامتداد شرطا
لا في الليل ولا في النهار فكيف جعلتم شرطا في النهار دون الليل قلت ترك ظاهره في حق النهار بقوله
عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فبقي الليل على ظاهره وان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط
عنه الدم في ظاهر الرواية وروى ابن شجاع عن ابي حنيفة رح انه يسقط عنه الدم لانه استدرك ما فاته لان
الواجب عليه الافاضة بعد الغروب وقد اتى به فكان كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد الى الميقات واحرم
وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المتروك لا يصير مستدركا معناه ان المتروك سنة الدفع مع الامام
وذلك ليس بمستدرك بعوده وهذا لا محالة واذا عاد قبل غروب الشمس حتى افاض مع الامام بعد غروبها
فقد اختلفوا فيه فمنهم من قال لا يسقط عنه الدم لان استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقي
عليه الدم ومنهم من قال يسقط لانه استدرك سنة الدفع مع الامام قال ومن ترك الوقوف
بالمزدلفة قد تقدم ان الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار من الواجبات فاذا تركهما يجب عليه الدم لكن اذا ترك
رمي الجمار في الايام كلها وهي اربعة ايام يوم نحر خاص وتشريق خاص ويومان بعده نحر وتشريق يكفيه دم واحد
وقال بعض المشايخ يلزمه بترك رمي كل يوم دم لان الجنايات وان كانت جنسا واحدا لكن في مجالس مختلفة
فكان كمن قص اظافير يديه ورجليه في مجالس مختلفة كما تقدم ووجه ما في الكتاب ما ذكره فيه بقوله لان الجنس
متحد وكل ما كان كذلك لا يتعدد فيه الكفارة كما في الحلق فانه ان حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد
وان كان يلزمه لو اقتصر على حلق الرأس او ربعه وقوله والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام الرمي
جواب عما قال ذلك البعض من المشايخ ان المجالس مختلفة ووجه ذلك ان ايام الرمي كلها زمان واحد للرمي
لم يتحقق بذلك اختلاف المجلس لانه لم يعرف قربة الا فيها على خلاف القياس فلا يتحقق الترك ما دام فيها كما
في ايام النحر فرميها على التأليف اي على الترتيب الذي شرع ما دامت الايام باقية بخلاف قص الاظافير
فان تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس ثم بتأخيره عن هذه الايام يجب الدم وهي شاة
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام فان قيل هذا بظاهره
يدل على انه اذا نفر النفر الاول يجب عليه دم لانه ترك رمي يوم واحد وليس كذلك فانه مخير بين الاقامة
والنفر وذلك آية التطوع فكيف يجب عليه دم اجيب بان التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع
فاما اذا طلع فقد وجب عليه الاقامة والرمي فلو ترك وجب عليه الدم وهكذا كان التطوع مخيرا فيه قبل
الشروع ويجب بعده وقوله ومن ترك رمي احدى الجمار بناه على ان ما كان نسك يوم فتركه يوجب الدم
وما كان بعضه الاقل فتركه يوجب الصدقة فعلى هذا اذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم وان ترك
في بقية الايام يلزمه صدقة وهذا اذا لم يقضه في ايام النحر فاما اذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما
ولم يسقط عند ابي حنيفة رح وقوله فكان المتروك اقل يعني اذا ترك رمي احدى الجمار لان المتروك ثلث

حصاة والموفى به اربعة عشر حصاة وقوله الا ان يكون المتروك اكثر من النصف استثناء منقطع من قوله ومن ترك
رمى احدى الجمار اى لكن اذا ترك اكثر من رمى الجمار من اليوم الثانى الى الثالث او من الثالث الى الرابع وبلغ المتروك اكثر
من النصف مثل ان يترك احدى عشر حصاة ورمى عشر حصيات فح يلزم الدم لوجود ترك الاكثر وللاكثر حكم مقام
الكل وقوله لانه وظيفة هذا اليوم رميا اضيف رميا على التمييز لان فيه وظايف غيره كالذبح والحلق والطواف
فلو اقتصر على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغى وكذا اذا ترك الاكثر منها اى من جمرة العقبة قال
الا ان يبلغ ما استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع يعنى اذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة
قيمة الدم فح ينقص من الدم ما شاء حتى لا يلزم التسوية بين الاقل والاكثر وقوله لان المتروك هو الاقل
دليل قوله تصدق وقوله ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر هذا بناء على ما تقدم ان ابا حنيفة رح يوجب الدم
بالتاخير خلافا لهما وقوله وكذا الخلاف فى تاخير الرمى اى فى تاخير رمى جمرة العقبة عن يوم النحر وتاخير رمى الجمار
من اليوم الثانى الى الثالث او من الثالث الى الرابع وقوله وفى تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمى سواء
كان مفردا او غيره ونحر القارن او المتمتع قبل الرمى وحلق القارن والمتمتع قبل الذبح وانما خص القارن به
لان المفرد اذا ذبح قبل الرمى او حلق قبل الذبح فانه لا شئ عليه لان تاخير النسك لا يتحقق فى حقه هنالك
لكون الذبح غير واجب عليه فان قيل تقديم نسك على نسك يستلزم تاخير نسك عن نسك فكان فى
كلامه تكرار فالجواب انه اراد بالتاخير ما يكون بحسب الايام وبالتقديم ما يكون بحسب الاماكن فى يوم واحد
فلا تكرار لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء وهو ظاهر وكل ما هو مستدرك بالقضاء لا يجب فيه شئ غيره
بالاستقراء فى احكام الشرع ولابى حنيفة رح حديث ابن مسعود رضه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم
فان قيل ثبت فى الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه عليه السلام وقف للناس بمنى يسالونه
فجاء رجل وقال نحرت قبل الرمى فقال عليه السلام افعل ولا حرج فما سئل عن شئ قدم او اخر الا
قال افعل ولا حرج وذلك دليل واضح على ان لا شئ فى التقديم والتاخير فالجواب انه متروك الظاهر
لانه يدل على ترك القضاء ايضا ويجوز ان يكون السائل مفردا وتقديم الذبح على الرمى لا يوجب عليه شيئا
كما ذكرنا وكذا غير ذلك مما ذكر يجوز ان يكون مما ليس بموقت فلا يوجب التاخير فيه شيئا سلمناه ولكن يكون معارضا
بما روينا من حديث ابن مسعود رضه وقيل الصحيح ان رواية ابن عباس رضه فيصار الى ما بعدهما والقياس
معنا على ما ذكره فى الكتاب بقوله ولان التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان يجامع تمكن نقصان التاخير
فيهما فان قيل معهما ايضا قياس وهو القياس على ساير ما يستدرك من العبادات بالقضاء فكان قياسكم
فى حيز التعارض فالجواب ان قياسنا مرجح بالاحتياط فان فيه الخروج عن العهدة بيقين وقوله وان حلق
فى ايام النحر ظاهر قال المصنف وذكر محمد رح فى الجامع الصغير قول ابى يوسف رح فى المعتمر انه لا شئ عليه
ولم يذكر فى الحاج اذا حلق خارج الحرم قيل انما لم يذكره لانه بالاتفاق فى وجوب الدم لان السنة جرت
فى الحج بان يكون الحلق بمنى وهو من الحرم فبتركه يلزم الجابر والاصح انه على الخلاف عندهما يجب الدم وعند
ابى يوسف رح لا يجب شئ ووجه الجانبين على ما ذكره فى الكتاب واضح وقوله فالحاصل ان الحلق يعنى فى الحج يتوقت
بالزمان والمكان اى بيوم النحر والحرم عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف رح لا يتوقت بهما وعند محمد رح
يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر رح يتوقت بالزمان دون المكان وانما قلنا يعنى فى الحج لان

الحلق فى العمرة لا يتوقت بالزمان بالاجماع فان قيل اذا كان موقتا بهما كان كالوقوف فينبغى ان لا يعتد به اذا
حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة او طاف بغير البيت فالجواب ان محل الفعل هنا الراس دون الحرم ولكن
جان بالتاخير عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتاخير عن وقته بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فان محل
الفعل هو الجبل وحول البيت والخروج عنها يتبدل المحل فلا يجوز ووجه قول ابى حنيفة رح على اختصاصه بالمكان
فقد علم من قوله ولهما ان الحلق لما جعل محللا الى آخره واما على اختصاصه بالزمان فلان الحلق للتحلل وهذا
بالاتفاق وكل ما هو كذلك يتوقت بالزمان كالطواف ووجه قول ابى يوسف رح اما على عدم اختصاصه بالمكان
فقد علم من قوله هو يقول الحلق غير مختص بالحرم الخ واما عدم اختصاصه بالزمان فهو ان الحلق الذى هو نسك
فى اوانه بمنزلة الحلق الذى هو جناية قبل اوانه فكما ان ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا ولو اوردت ان تجعله دليلا
للشيئين قلت فكما ان ذلك لا يختص بزمان او مكان فكذلك هذا اذ لو كان مختصا بهما لما وقع معتدا به
فى غير الزمان والمكان كالوقوف بعرفة وقد عرفت جواب ذلك آنفا ووجه قول محمد اما على اختصاصه بالمكان
فقد علم من قوله ولهما ان الحلق الى آخره واما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل ابى يوسف رح على عدم اختصاصه
بالزمان ووجه قول زفر رح ان التحلل معتبر بابتداء الاحرام وابتداؤه موقت بالزمان حتى كره تقديم احرام
الحج على اشهره دون المكان حتى جاز ان يحرم من حيث شاء قبل الميقات فكذلك التحلل يتوقت بالزمان
دون المكان فلو اخر عن ايام النحر لزمه الدم ولو خرج من الحرم ثم حلق لا يلزمه شئ قوله وهذا الخلاف اى
ما ذكرنا بين علمائنا فى التوقيت انما هو فى حق التضمين بالدم واما فى حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق وقوله
لان اصل العمرة ان لا يتوقت به اى بالزمان فان ركنها الطواف وهو غير موقت بزمان وفيه نظر لانها فى
النحر مكروهة فكانت موقتة والجواب ان كراهتها فيها ليست من حيث انها موقتة بغيرها بل باعتبار انه
مشغول بافعال الحج فيها فلو اعتمر فيها لربما اخل بشئ من افعاله فكرهت لذلك قوله بخلاف المكان لانه
موقت به متصل بقوله غير موقت بالزمان واليه ذهب صاحبنا النهاية ويكون معناه لانه موقت به عند ابى
حنيفة ومحمد رحمهما الله بناء على ما تقدم من الحج ويجوز ان يكون متصلا بقوله غير موقت بالزمان لان اصل
العمرة لا يتوقت به اى بالزمان بخلاف المكان لانه اى اصل العمرة موقت به فلا حاجة الى دليل وان لم يقصر المعتمر
الذى خرج من الحرم حتى رجع الى الحرم وقصر فيه فلا شئ عليه فى قولهم جميعا لانه اتى به فى مكانه فلا يلزمه ضمانه
ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التاخير عند ابى حنيفة رح وقوله فان حلق القارن قبل ان يذبح يعنى اذا
قدم القارن الحلق على الذبح فعليه دمان عند ابى حنيفة رح دم للقران ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما
يجب عليه دم واحد وهو دم القران ولا يجب بسبب التاخير شئ على ما قلنا ان التاخير عنده يوجب الدم
خلافا لهما هذا تقرير المسئلة على ما عليه اصل رواية الجامع الصغير فان محمدا قال فيه فى قارن حلق قبل ان يذبح
عليه دمان دم القران ودم آخر لانه حلق قبل ان يذبح يعنى على قول ابى حنيفة وعلى هذا ما ذكره المصنف
مطابق له لانه قال دم بالحلق فى غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وهذا كما ترى
يشير الى انهما دما جناية ولم يذكر دم القران وقال وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول يعنى الذى يجب
بالحلق فى غير اوانه لانه لم يذكر اولا سواه ولم يذكر ايضا دم القران فيتبع عدم مطابقته لما فيه قوله قبل
هذا وقال لا شئ عليه فى الوجيز جميعا الى ان قال والحلق قبل الذبح وعلى هذا كان الحق ان يقول فعليه دمان

عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح فكما نهى وقع منه او من الكاتب ولا يجب في السهو على الانسان
فان قيل قد وقع في عبارة بعض المشايخ دم القران واجب اجماعا ودم آخر بسبب الجناية على الاحرام لان
الحلق لا يحل الا بعد الذبح ما يجب ايضا اجماعا ودم آخر عند ابي حنيفة بسبب تاخير الذبح عن الحلق فيجوز ان
يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران من الجانبين وانما ذكر الاخيرين واشار اليه بقوله وهو الاول
وذكر المختلف فيه قلت يا باه قوله فيما تقدم وقال لا شيء عليه في الوجهين فانه تصريح بانهما لا يقولان في
هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة اصلا على انه مخالف لما هو الاصل في موضع من المبسوط والجامع
الصغير لمحمد فان قيل على ما ذكر محمد يجب ان يجب عليه ثلثة دماء لان جناية القارن مضمونة بالدمين وهو
اعتراض الامام المحبوبي فالجواب ان ما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان ولو قدم المفرد الحلق على الذبح
لم يجب عليه شيء فلا يتضاعف على القارن

فصل

لما كان الجناية على الاحرام بالصيد
نوعا آخر فصل عما قبله في فصل على حدة الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في اصل الخلقة وقوله الحيوان
بمنزلة الجنس وقوله الممتنع وهو الذي يمنع نفسه عمن قصده اما بقوائمه او بجناحيه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر
والغنم ونحوهما والدجاج والبط وقوله المتوحش في اصل الخلقة ليدخل فيها الحمام المسرول والظبي المستانس
ويخرج الابل المتوحش لان الاستيناس في الاول والتوحش في الثاني عارضي لا معتبر به وهو على نوعين
بري وهو ما يكون مولده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون مولده ومثواه في الماء والمعتبر التوالد لانه
الاصل فالبط والاوز بري لان مولدهما البر والضفدع بحري لان مولده البحر وصيد البحر حلال للمحرم سواء
كان ماكولا او لم يكن وصيد البر محرم عليه لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الآية واستثنى رسول الله اي
بين عدم دخولها في الآية لان حقيقة الاستثناء لا يتصور ولكنه لما كان عندنا البيان انه لم يدخل
استعانة ان الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية والعقرب على ما ذكره في
الكتاب وهي دنيا في العذر عن ذلك وحيث فواسق استعارة لخبثهن وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائها
بالاذى ولما كان مشهورا جازت الزيادة به على الكتاب ولا فرق في الصيد بين المملوك والمباح والماكول
وغيره لشمول كلام الصيد ذلك كله قال واذا قتل المحرم صيدا اذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله
فعليه الجزاء اما القتل فلما ذكر في الكتاب وهو واضح واما الدلالة فعلى القسمة العقلية اربعة اقسام
اما ان يكون الدال والمدلول حلالين او محرمين او الدال حلالا والمدلول محرما او بالعكس من ذلك
والاول ليس مما نحن فيه والثاني على كل واحد فيها منهما جزاء كامل عندنا وفي الثالث على المدلول الجزاء دون
الدال كذلك وفي الرابع عكسه وقال الشافعي لا شيء على الدال اصلا لان الجزاء يتعلق بالقتل
والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا وقوله حلالا ليس بقيد فان المدلول ان كان محرما
كذلك ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة هل دللتم عليه هل اشرتم اليه على ما تقدم في باب الاحرام فانه
يدل على ان الدلالة من محظورات الاحرام فان قيل خبر واحد لا يعارض النص الصريح قلت في النص
ذكر القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به وقال
عطاء هو ابن ابي رباح تلميذ ابن عباس اجمع الناس على ان على الدال الجزاء قال الطحاوي ولم يرو
عن احد من الصحابة رضي الله عنهم خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا وقد يأتي روي عن ابن عمر انه ليس على الجزاء

ويجب بان يقع ثابت ولئن كان عمل يحظرنا اذا دل وقد قتله المدلول فان الاجماع فيما اذا قتل فكان كلامه في غير
محل الاجماع ولان الدلالة من محظورات الاحرام والاقدام عليها يوجب الجزاء لا محالة ولانه اي الدلالة وذكر الضمير نظرا
الى الخبر وهو تفويت الامن عن الصيد اي الدلالة تفويت الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه عن الناس وتواريه عن اعينهم
وبالدلالة يزول ذلك فصارت كالاتلاف قوله ولان المحرم دليل آخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فاشبه دلالة
الحلال وتقريره ان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض لانه عقد خاص يقتضي ذلك شرعا والدلالة تسبب في
خلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة بخلاف الحلال فانه لم يلتزم شيئا فلا
ان فيه اي فيما اذا دل الحلال على صيد الحرم الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله فالدلالة الموجبة
للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد لانه اذا علم لم يكن زوال الامن بالدلالة فلا يكون في معنى الاتلاف فان
في الدلالة تكون في معنى الاتلاف وانه اذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان على المكذب وفيه اشارة الى ان الضمان على
ذلك الغير ان كان محرما وههنا شرط آخر لم يذكره احدهما ان يتصل القتل بهذه الدلالة لان مجرد الدلالة لا يوجب شيئا
والثاني ان يبقى الدال محرما حين اخذ المدلول لان فعل القاتل جناية اذا بقي محرما الى وقت القتل والثالث
المدلول قبل ان ينفلت فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم اخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شيء لان ذلك بمنزلة جرح
اندمل ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا انه لا التزام من جهته فان قيل بل من جهته التزام بعقد
ان لا يتعرض لصيد الحرم اجيب بان عقد الاسلام ليس بكاف في ذلك بل لا بد من عقد خاص كما في عقد الذمة
الا ترى ان المسلم التزم بعقد الاسلام ان لا يتعرض لاموال الناس ثم لو دل سارقا على مال الانسان فاخذه لا ضمان
على الدال والعامد والناسي في يجب الجزاء سواء لانه ضمان اتلاف او ... لانه ضمان يعتمد وجوب الاتلاف لقوله تعالى
ومن قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوب الاتلاف فالعامد فيه كالناسي كما في غرامات الاموال فان قيل ليس
كغرامات الاموال الا ترى ان رجلين ان اشتركا في اتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة وان اشتركا في قتل
صيد كان على كل منهما جزاء كامل فالجواب ان مناط الالحاق مطابقة الاتلاف الضمان وقد وجدت كلاهما
في جميع الجهات يرفع التعدد وبطل القياس فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى ومن قتله
منكم متعمدا نص على التعمد وهو يخالف النسيان فالجواب ان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه ويجاز
ان يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه شاة من غير فصل بين عمد ونسيان وهو مذهب
عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص رضي الله عنهم فان قيل فما فائدة قوله متعمدا اجيب بانها
للتنبيه لان الدلالة قد قامت على ان صفة التعمد في القتل يمنع وجوب الكفارة فاعلم الله عز وجل ههنا بانها اذا
وجبت في العمد فلان يجب في الخطأ اولى والمبتدي والعائد في وجوب الكفارة سواء لان العلة الموجبة لها وجدت
ابتداء فقد وجدت في المرة الثانية فلو تخلف الحكم عنها بطلت فان قيل قال الله عز وجل ومن عاد فينتقم الله
منه جعل كل جزاءه بالعائد انتقام الله فلا يكون له موجب سواه كما عرف فالجواب ان هذا تمسك ابن عباس
وداود والظاهرية في ان موجب العائد ان يقال له اذهب فينتقم الله منك ولكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا
او مستخفا به كما في قوله تعالى في باب الربوا ومن عاد فاولئك اصحاب النار الآية واما اذا لم يكن كذلك فعليه
الجزاء عملا بلا ذا النص وقوله والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم الصيد يعني يقوم ذوا عدل من حيث
الصيد لا من حيث انه باز ادعيه صنعة فاذا قتل المحرم بازيه المعلم فعليه قيمته غير معلم ولو طلب بالفرق بينه

وبين ما اذا قتله لغيره فانه يجب قيمته معلما قلنا اجيب بان وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش
والتنفر عن الناس وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص ذلك فلا يدخل في الجزاء واما وجوب القيمة في الاتلاف
فباعتبار المالية وهي بالانتفاع وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل في الضمان وانما قيد بقوله صنعة لانه اذا كانت
الزيادة بامر خلقي كما اذا كان يطرب بصوته فانه تزداد قيمته لذلك في اعتبار ذلك في الجزاء روايتان في رواية لا يعتبر
لانه ليس من معنى الصيدية في شيء والاخرى يعتبر لانه وصف ثابت باصل الخلقة كالحمام اذا كان مطوقا قوله
ثم هو يعني القاتل مخير في الفداء ظاهر وقال محمد والشافعي يجب في الصيد النظير فيما له نظير اي في النظير
لا في القيمة ففي الظبي شاة ظاهر واستدلا على ذلك بقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ووجهه ان مثل المقتول
من النعم ما يشبه المقتول صورة لان من النعم بيان للمثل والقيمة لا يكون نعما ولان الصحابة رض وهم عمر وعلي وعبد الله
بن مسعود اوجبوا النظير على ما بينا يعني قوله ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي اليربوع جفرة وهي
التي بلغت اربعة اشهر الخ وما ليس له نظير من حيث الخلقة مثل العصفور والحمام وما اشبههما تجب فيه
القيمة عند محمد وكان من قوله كقول ابي حنيفة وابي يوسف رح والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات
فاوجب في الحمام شاة لتشابه بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر العب من باب طلب ان يشرب الماء
بمرة من غير ان يقطع الجرع قاله ابو عمرو والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فانها تشرب شيئا فشيئا
ويقال هدر البعير والحمام اذا صوت من باب ضرب ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الله تعالى اطلق المثل
والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل صورة من النص والمعهود في
ذلك ايجاب من حكم الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد ولكون المثل
المعنوي مرادا بالاجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا والا لزم عموم المشترك او الجمع بين الحقيقة
والمجاز وكلاهما غير جائز هذا ما قالوا واعترض بان المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى ولا هو حقيقة
في احدهما مجاز في الآخر حتى يلزم ما ذكرتم بل هو مطلق بينهما ولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل
تحته المثل المطلق والمعنوي كما في قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم دخل ما له
مثل صورة ومعنى كما في المثليات وما ليس له مثل الا معنى كالقيميات واجيب بان المطلق ما يتعرض
للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من افراد
المحتمله فلو كان دالا على ذلك لوجب النعامة عن النعامة وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق ومجاز
في غيره والمجاز ههنا مراد بالاجماع فلا يكون غيره مرادا وعلى ذلك نقول في الآية الاخرى اما على قول من يقول
موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لان الموجب الاصلي اولى بالارادة ورد العين ثبت بقوله
عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده واما على قول من يقول موجب الغصب رد العين واداء القيمة مخلص
فكذلك يكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح وحده المعتد موسعه
قوله لما فيه من التعميم دليل آخر يعني ان في اعتبار المثل معنى تعميم لانه يتناول ما له نظير وما ليس له ذلك وفي
ضده اي في اعتبار المثل صورة تخصيص لتناوله ما له نظير فقط والعمل بالتعميم اولى لكون النص حينئذ اعم فائدة
قوله والمراد بالنص جواب عن قولهما لان القيمة لا يكون نعما وتقريره ان المراد بالآية فجزاء هو قيمة ما قتل من
النعم الوحشي لان المثل معنى القيمة على ما بينا ومن النعم بيان لما قتل والمراد من النعم النعم الوحشي لا

الجزاء

الجزاء انما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الاهلي وقد ثبت ان النعم كما يطلق على الاهلي يطلق على الوحشي قاله
ابو عبيد والاصمعي فان قيل ما يصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء فان كان الجزاء القيمة كيف يكون
هديا بالغ الكعبة اجيب بان معناه اذا قوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الامور الاربعة
قوله والمراد بما روي جواب عن قولهما قال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وعن اثر الصحابة رض يعني ان ايجاب
النبي عم والصحابة رض من النظائر لم يكن باعتبار اعيانها اذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة وانما كان باعتبار
التقدير بالقيمة الا انهم كانوا ارباب المواشي وكان الاداء عليهم منها ايسر وهو نظير قول علي رض في ولد المغرور
يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة قال ثم الخيار الى القاتل يعني اذا ظهر قيمة الصيد
بحكم الحكمين وهي تبلغ هديا فالخيار في ان يجعله هديا او طعاما او صوما الى القاتل عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد والشافعي هو للخيار الى الحكمين في تعيين احد الاشياء فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما
بالطعام او الصيام فعلى ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف يعني من اعتبار القيمة من حيث المعنى لهما اي لابي حنيفة
وابي يوسف ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه ليس تفوق بما يختار كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي
قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية ووجه ذلك انه ذكر الهدي منصوبا تفسيرا لقوله يحكم به فان ضمير
به مبهم فسر بقوله هديا فكان نصبا على التفسير وقيل اي التمييز فيثبت ان المثل انما يصير هديا باختيارهما
وحكمهما او مفعول الحكم على ان يكون بدلا من الضمير محمولا على محله كما في قوله تعالى قل انني هداني ربي
الى صراط مستقيم دينا قيما وفي ذلك تنصيص على ان التعيين الى الحكمين ثم لما ثبت ذلك في الهدي ثبت
في الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولانه عطفهما عليه بكلمة او وهي للتخيير فيكون الخيار اليهما
توجيه هذا الكلام اشكال لان ذكر الطعام والصيام بكلمة او لا يفيد المطلوب الا اذا كان كفارة منصوبا
على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوي وهي شاذة والشافعي لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث انه
كتاب ولا من حيث انه خبر كما عرف في الاصول قوله قلنا جواب عن استدلالهما وتقريره ان الدليل انما
يصح ان لو كان كفارة معطوفة على هديا وليس كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هي معطوفة على قوله فجزاء
بدليل انه مرفوع وكذلك قوله تعالى او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين في
الطعام والصيام واذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في الهدي لعدم القائل بالفصل وانما يرجع اليهما
في تقويم المتلف لا غير ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه نعقاد ويقومان اي الحكمان في المكان الذي
اصابه المحرم قال شيخ الاسلام وكذا يعتبر الزمان الذي اصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن والازمان
قوله فان كان الموضع برا قاله وقوله وقيل يعتبر المثنى ههنا في جزاء الصيد بالنص وهو قوله يحكم به
ذوا عدل قال في الكشاف عن قبيصة انه اصاب ظبيا وهو محرم فسأل عمر رض فشاور عبد الرحمن بن عوف
ثم امره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه والله ما علم امير المؤمنين حتى سأل غيره فاقبل عليه ضربا بالدرة وقال
اتغمص الفتيا وتقتل الصيد وانت محرم قال الله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فانا عمر وهذا عبد الرحمن
قوله ويجوز الاطعام في غيره يعني سواء كان طعام الاباحة او التمليك وقوله والصوم يجوز في غير مكة
بالاجماع وقوله اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام بان يصيب كل مسكين من اللحم ما يبلغ قيمته
نصف صاع من بر جاز قياسا على كفارة اليمين وكان من شرطه تشدد التفريق بخلاف ما اذا ذبح بمكة فانه

تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لان جوازه من حيث الهدى لا من حيث الصدقة قوله لان الاراقة لا تنوب عنه اى
لان الاراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدى حتى لو سرق المذبوح او ضاع قبل التصدق به فى الواجب عليه
كما كان بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وان سرق او ضاع قبل التصدق به قال واذا وقع
الاخبار على الهدى اذا اختار القائل الهدى يهدى ما يجزيه فى الاضحية وهى الجذع الكبير من الضان او الثنى من غيره
عند ابى حنيفة لان مطلق اسم الهدى ينصرف اليه كما فى هدى المتعة والقران فانه ينصرف الى ما يجزيه فى الاضحية وقد
عليه بان اسم الهدى قد ينصرف الى غيره كما اذا قال ان فعلت كذا فثوبى هذا هدى فعليك فى محل النزاع كذلك
واجيب بان الكلام فى مطلق الهدى وما ذكرت ليس كذلك لان الاشارة الى الثوب قيدته بذلك وقال محمد
لا يجزى صغار الغنم قال فى النهاية وذكر فى المبسوط والاسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضى
خان قول ابى يوسف مثل قول محمد لان الصحابة رضى الله عنهم اوجبوا عناقا وجفرة فدل على جواز
ذلك فى باب الهدى وعند ابى حنيفة وابى يوسف لا يجوز الصغار على وجه الاطعام فيجوز ان يكون ايجاب الصحابة
رضى الله عنهم على ذلك الوجه واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا وقال الشافعى
وقيل وهو قول محمد يجب المثل ثم يقوم المثل بالطعام واما عندنا فالمتلف هو المضمون فيعتبر قيمته
وقوله واذا اشترى بالقيمة طعاما اشارة الى انه يجوز ان يقيم المتلف بالقيمة ثم يشترى بالقيمة طعاما وقوله
ينصرف الى ما هو المعهود فى الشرع يعنى نصف صاع من بر كما فى صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار وقوله
فان اختار الصيام ظاهر قوله وكذا اذا كان الواجب دون طعام مسكين بان قتل يربوعا او عصفورا
ولم يبلغ قيمته الا مدا من الحنطة يطعم ذلك القدر او يصوم يوما كاملا لما قلنا ان الصوم اقل من يوم
غير مشروع وقوله ولو جرح صيدا ظاهر وقوله بالم ينفسد اشارة الى انها اذا كانت مذرة فلا شىء عليه
لانه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية ان يصير صيدا قوله فان خرج من البيض فرخ ميت ففى المسئلة لا يخلو
من ان علم انه كان حيا ومات بالكسر او علم انه كان ميتا او لم يعلم ان موته بسبب الكسر اولا فان كان الاول
ضمن قيمته وان كان الثانى فلا شىء عليه وان كان الثالث فالقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ
غير معلومة وفى الاستحسان يجب عليه قيمة الفرخ حيا لما ذكر فى الكتاب وتقريره البيض معد لخروج الفرخ
الحى كسره قبل اوانه سبب لموت ذلك الفرخ وذلك للاتلاف والاتلاف يوجب الضمان قوله فيحال عليه
به اى بالموت على الكسر وابنا صلة كان اصله يحال الموت على الكسر اى يضاف اليه فان قيل بيض النعامة
كبطن الظبية ولو ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتهما على ما يجى فلم لا يكون
عليه هنا قيمة البيض والفرخ جميعا اجيب بان ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار انه سبب الفرخ
ولهذا لا يجب الضمان اذا كانت البيضة مذرة فاذا وجب ضمان الفرخ لا يجب عليه ضمان البيض قوله وعلى هذا
اى على القياس والاستحسان اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا فماتت فعليه قيمتهما فان قيل قد تقدم
ان ضمان الصيد اشبه غرامات الاموال ومن ضرب بطن جارية فالقت جنينا وماتت كان عليه قيمة الجارية
دون الجنين فكيف وجبت هنا قيمة الجنين اجيب بان الجنين فى حكم الجزء من وجه وفى حكم النفس
من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبنى على الاحتياط فلا يجب فى موضع الشك فاما جزاء الصيد
فمبنى على الاحتياط فترجح فيه شبه النفسية فى الجنين فوجب الجزاء وليس فى قتل الفواسق الخمسة شىء لان

النبى عليه السلام استثنى بقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة
والكلب العقور وقد ذكر الذئب فى بعض الروايات فقيل فيما ذكر الكلب العقور مراده الذئب او يقال ان الذئب فى معنى
الكلب العقور وقد ذكر النص فى اول هذا الفصل السنة بناء على الرواية او الدلالة وقوله والمراد بالغراب الذى ياكل
الجيف ويخلط اى النجاسات مع غيرها اى ياكل الحب تارة والنجاسة اخرى ووقع مكررا لانه ذكره فى اول الفصل
مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن ابى يوسف فكان مستغنى عن ذكره قوله الذى ياكل الجيف خبر لا صفة
فكان موضع تميز الفصل واحترز به عن الغراب الذى ياكل الزرع فانه يجب الضمان بقتله وقوله لانه يبتدئ
بالاذى قيل لانه يقع على دبر الدابة وقيل لعل هذا يكون فى قول فى العقعق ولا يبتدئ بالاذى نظرا لانه
يقع على دبر الدابة وعن ابى حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمستوحش منهما اى من الكلب
العقور وغير العقور سواء اما العقور فظاهر لانه ورد فيه الحديث واما غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه
ليس بصيد لعدم توحشه خلقة قوله لان المعتبر هو الجنس يعنى الحقيقة التى تسمى كلية لا فرد دون فرد وهنا
لان هذا الجنس ليس بصيد وفيه نظر لانه يفضى الى ابطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا والجواب
انه ليس للتقييد بل للاظهار نوع اذائه فان ذلك طبع فيه وقوله لانها ليست بصيود يعنى انها ليست بمتوحشة
عن الادمى بل هى طالبة له وليست بمتولدة من البدن يعنى حتى يكون من باب قضاء التفث كالقملة ثم هى موذية
بطبعها فلا يجب بقتلها شىء قوله ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى يعنى قوله لانها ليست بصيود وليست متولدة
من البدن ثم انها علة وان كانا فى معنى علتين لانه ذكره فى موضع السلب وفى موضع السلب يكون العلل الكثيرة
بمعنى علة واحدة فى ان الحكم ينتفى بالجميع كما انه ينتفى بانتفاء الواحد وقوله ومن قتل قملة تصدق بما شاء
وقد اوضح فى الكتاب وليس الجزاء منحصرا فى القتل بل الالقاء فى الارض كالقتل سواء اخذها من راسه او من
موضع آخر وقيل فى القملتين والثلاث كف من طعام وفى الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة قوله شيئا
يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن شبعا قال فى الجامع الصغير كف من طعام وقوله وعن عمر تمرة خير من جرادة
قصته ان اهل حمص اصابوا جرادا كثيرا فى احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر لهم ارى
دراهمكم كثيرة يا اهل حمص تمرة خير من جرادة قال ومن حلب صيد الحرم اللبن من اجزاء الصيد لقوله
نشبكم تمامى بطونها وكلمة من للتبعيض قوله كالسباع اى سباع البهائم وغيرها اى سباع الطير قوله وكذا
اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة يعنى ان النبى عم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف
فانه اهلى وليس بصيد فكان المراد ما يكلب اى يشتد فيتناول الاسد والفهد والنمر وغيرها فكان كانه تعالى
قال لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الا ما كان موذيا ولو كان ورد النص بهذه الصيغة لم يتناول الا ماكول اللحم
فكذا هنا ولنا ان السبع صيد لتوحشه وتنفره من الناس وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او
لدفع اذاه وكل ما هو صيد يتناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد فيجب الجزاء بقتله والقياس على الفواسق
ممتنع لما فيه من ابطال العدد وكذلك الالحاق بها دلالة لان الفواسق مما يعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب
منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون فى معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان تناوله لغة لم يتناوله
عرفا والعرف املك اى اقوى وارجح فى هذا الموضع كما فى الايمان لبنائه على الاحتياط والاحتياط فى ايجاب الجزاء
قوله ولا يجاوز بقيمته شاة التاء للتعدد وشاة مرفوعة لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمته التى لا يجاوز

بو كل المحرم من الصيد وقيمة شاة في ظاهر الرواية وروى الكرخي انه ينقص من الدم وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت
اعتبارا بماكول اللحم وللجامع الضمان ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة فيما ورد الشرع بتقديره لا يزاد
عليه برأي لان المقادير لا تعرف سماعا وان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده اذ اللحم غير ماكول لا لانه محارب كما
في بعض السباع والفيل يعلمه اهل الهند المحاربة بحيث يكسر العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين
خارج عن الصيدية فلا يعتبر ولا لاجل معنى الايذاء فيه لان الايذاء معنى لا تقوم له شرعا فيبقى اعتبار الجلد فمن
هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا قوله واذا صال السبع على المحرم اي وثب فقتله لا شيء عليه وقال زفر
يجب اعتبارا بالجمل اذا صال على انسان فانه يجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه
قتل سبعا واهدى شاة وقال انا ابتدأناه فعلل الاهداء بالابتداء فيدل على ان الدافع لا يجب عليه شيء ولانه
بقي للتعليل فائدة واعترض بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح به الاستدلال واجيب
بان ذلك في خطابات الشرع اما في الروايات فيدل وفيه نظر لان قول عمر رضي الله عنه في هذا المحل بمنزلة خطاب
الشرع لانه في حيز الاستدلال به فلا يفيده والجواب ان الاستدلال انما هو بفعله قوله ودلالته
فيفيده قوله ولان المحرم ممنوع عن التعرض استدلال بدلالة حديث الفواسق ووجهه ان قتلها ابيح دفعا
للاذى الموهوم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق اولى فكان ماذونا بقتله من الشرع ومع وجود
الاذن منه لا يجب الجزاء حقا له لسقوطه باذنه فان قيل الاذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء فان
المحرم اذا حلق راسه او تطيب بعذر فهو ماذون من الشرع ولم يسقط الجزاء قلت اجيب بانه ليس بعيد هذا بقوله
لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه الآية
فكان فائدة الاذن دفع الجناية لا غير وتحقيقه ان بقاء الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس عليه
غيره لا يقال فليلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في الصواب ليست كالضرورة في حلق الراس لان الاولى
نادرة والثانية كثيرة بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد ونوقض بالعبد صال
بالسيف على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من مالكه واجيب بان العبد مضمون
في الاصل بانه آدمي حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه فاذا جاء البغي من قبله وهو المحاربة
اسقط حقه كما اذا ارتد وسقوط مالية التي هي حق المولى انما كان في ضمن سقوط الاصل وهو نفسه
فلا معتبر به كما اذا ارتد قوله فان اضطر المحرم ظاهر معناه مما ذكرنا آنفا قوله والمراد بالبط الذي
في الفتاوى البط الذي يكون في المساكن وهو الذي لا يكون يطير انه كالدجاج في البطوء وهو ذبحه للحم
والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كانه سراويل من سرولته اذا البسته السراويل قوله ونحن نقول الحمام
متوحش ثم قد يرد الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وكل ما هو كذلك فهو صيد والاستيناس
عارض جواب لمالك بان دعناه الاعتبار للمعاني الاصلية دون العوارض ونوقض بان الحمام لا
يحل بذكوة الاضطرار حتى لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما فجرحه ومات قبل ان يدرك ذكوته
لم يحل ولو كان صيدا لحل واجيب بان مدار حل ذكوة الاضطرار هو العجز دون الصيدية الا ترى
ان البعير اذا ند حل بذكوة الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكوة الاختيار والعجز في الحمام غير
موجود لانه ياوي في الليل الى برجه قوله وكذا اذا قتل ظبيا ظاهر قال واذا ذبح المحرم صيدا

ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي رحمه الله قوله اذا ذبحه المحرم لغيره حل لانه عامل له فيجعل
ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل اليه ذلك الفعل كما في عامة النيابات فصار كانه هو الذي ذبحه ولو ذبح ذلك الغير
لنفسه جاز ان ياكل فكذا اذا ذبح له المحرم فان قلت عبارة المص وتعليله يدل على ان المذبوح يحل له
ولغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لانه يكون عاملا له واذا كان متعلقا
بقوله يحل على اطلاقه وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه او لغيره حرام عليه عنده ايضا قولا واحدا قلت ادعى ان
يكون قوله لغيره يخدم الفعلين جميعا وتقريره يحل لغيره اذا ذبحه المحرم لغيره ويخرج نفسه من ذلك لان التقييد
في الروايات مفيد بالاتفاق فان قلت تعليل هذا لا يخلو اما ان يكون صحيحا او لا فان كان الثاني لم يتم الدعوى وان
كان الاول لزم ان يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا حل اكله للمحرم ان لم يدل عليه ولم يشر اليه
قلت التعليل صحيح ولكن لا يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا حل اكله للمحرم ان لم يدل عليه
ولم يشر اليه قلت التعليل صحيح لان الدلالة ان كانت محرمة فالمباشرة لا تتقاعد عن الدلالة وان انتقل الفعل
الى الغير حكما ولنا ان الذكوة فعل مشروع بالاتفاق وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص قوله لا تقتلوا
الصيد سماه قتلا دون الذبح او الذكوة اشارة الى انه لا يوجب الحل ونهاهم عنه وهو يدل على التحريم
لكونه بمعنى النفي ونوقض بذبح شاة الغير بغير اذنه فانه حرام لا محالة فكان الواجب ان لا يتم ذكوة ولا
يحل اكله وليس كذلك والجواب ان المص رح اشار الى الجواب عن هذا بقوله وهذا لان المشروع
اي من الذبح هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا وبيانه ان الدم نجس للحيوان فلا بد من تمييزه
عن اللحم ليصلح للاكل وذلك امر متعسر خفي وله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح فاقيم مقام المميز بين
الدم واللحم تيسيرا والذبح الذي قام مقامه معدوم ههنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يقم ههنا حيث
اخرج الصيد عن المحلية بالنص بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما كما قال حرمت عليكم امهاتكم
فاخرجهن عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة الغير بغير اذنه فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا
والنهي يدل على مشروعيته كما عرف في الاصول قوله فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة عند
ابي حنيفة رح قال الامام التمرتاشي هذا اذا اكل بعد ما ادى الجزاء واما اذا اكل قبل ذلك فقد دخل
ما اكل في الجزاء قوله وقالا لا عليه قوله فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط يريد ان حرمة التناول
باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الاهلية وذلك بالاحرام
الاحرام فكانت الحرمة مضافة الى الاحرام بهذه الوسائط فكان متناولا لمحظور احرامه فيجب عليه الجزاء
وظهر من هذا الجواب عما اذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فادى جزاءه ثم اكل منه فانه لا يلزمه شيء آخر لانه لم
يتناول لمحظور احرامه وانما وجب عليه جزاء المحل وهو لا يتكرر فان استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فادى
جزاءه ثم شواه فاكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه شيء آخر اجيب بان وجوب الجزاء في البيض
ليس لذاته بل باعتبار انه اصل الصيد كما ذكرنا وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله فيما اصطاده لاجل
المحرم يعني ان ينوي ان يكون الاصطياد له سواء امره بذلك او لم يامره قوله تذاكروا لحم الصيد في
حق المحرم يريد به ما روي عن طلحة رضي الله عنه انه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت اصواتنا ورسول
الله عليه السلام نائم في حجرته فقال فيم انتم فذكرنا ذلك له فقال لا بأس به قوله واللام فيما روي يعني اكل

لم يتزل عليه الصلوة والسلام قد بين ابي كل المحرم
لحم الصيد ما لم يصده او يصد له وكذا ما روى
عن الصحابة رضي الله عنهم

من قتله او يصاد له لام تمليك فيحمل على انه يهدى اليه الصيد دون اللحم وهذا لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اهدى
الصيد الى المحرم لا فيما اهدى اليه اللحم لان اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون متعلق الحديث حرمتنا ولا الصيد على المحرم
وبه نقول لانه ثبت ان الصعب بن جثامة الليثي اهدى لرسول الله عليه السلام حمارا وحشيا وهو بالابواء او بودان فرده
عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم ويكون معنى او يصاد له بامره واعلم ان هذا الحديث
روى بالرفع او يصاد وحينئذ لا تمسك لهم بهذه الرواية لانه يقتضي الحل اذا صاد غيره لاجله لانه صار معطوفا
على المنفي لا الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن ابي داود والترمذي والنسائي بالالف هكذا وانما يصح
التمسك به على او يصد له ليصير معطوفا على الغاية وهي ضعيفة قوله قالوا اي المشايخ فيه اي في نوع
عدم الدلالة لاباحة الاكل روايتان في رواية يحرم وهو اختيار الطحاوي وفي رواية لا يحرم وهو اختيار ابي عبد الله
الجرجاني قال وفي صيد الحرم اذا قتله الحلال صيد الحرم وجب عليه قيمته يتصدق بها على الفقراء لما ذكر
في الكتاب وهو واضح فان قيل الصيد كما استحق الامن بسبب الحرم فكذلك بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم
صيد الحرم ينبغي ان يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت وجوب الكفارتين وجوابه صرح بذلك
في الايضاح ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي ان حرمة الاحرام اقوى لان المحرم يحرم عليه
الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف قوله ولا يجزيه الصوم فرق بين قتل المحرم
الصيد وقتل الحلال صيد الحرم في جواز الصوم في الاول دون الثاني بما حاصله ان الواجب على المحرم
ولهذا تعدد اذا قتل المحرمان صيدا واحدا وعلى الحلال ما فات عن المحل من وصف الامن والصوم يجوز
ان يقع جزاء الفعل لا بدل المحل فان قلت هذا ينافي ما ذكرت آنفا انه يؤدي في ضمن اداء جزاء
الاحرام اذا قتل المحرم صيد الحرم لان بدل المحل لا يؤدي في ضمن اداء جزاء الاحرام كما اذا قتل صيدا
مملوكا فالجواب ان ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما يكون الوجوبان لواحد وهو الله عز وجل
وما ذكرتم ليس كذلك لان ما وجب فيه باداء الفعل لله وما وجب باداء المحل للعبد ولا يمكن ان يتقضى
بما لله ما للعبد لان افتقار العبد مانع بخلاف الاول وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي
والكافر اذا استهلكا صيد الحرم وليس كذلك واجيب بانه وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء
حتى ان حلالين لو اصابا صيد الحرم صيدا في يد حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد
منهما متلف من جهة احدهما بالاخذ المفوت للامن والثاني بالاتلاف حقيقة فلم يلزم على ما ذكرتم نظرا
الى الجزاء قوله ويجزيه الهدي فيه روايتان احدهما ان الواجب لا يتأدى باراقة الدم بل بالتصدق باللحم
ان يكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد وان سرق المذبوح عاد الواجب كما كان والاخرى انه يتأدى بها اذا
كانت قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح لم يبق عليه شيء لان الهدي مال يجعل لله واراقة
الدم طريق صالح لذلك شرعا كالتصدق الا ترى ان المضحي يجعل الاضحية لله عز وجل خالصة باراقة
دمها فكذلك بالهدي وقوله ومن دخل الحرم بصيد قال في النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي فانه
في الحرم لا يتوقف وجوب الارسال على دخول الحرم فانه يجب عليه الارسال بمجرد الاحرام بالاتفاق وقال
الشافعي هو الصيد الذي في يده مملوكه وحق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجته وقلنا انه لما حصل في
الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم وبين الملازمة بقوله اذ صار هو اي الصيد من صيد الحرم بالتحول فيه

وصيد

وصيد الحرم مستحق الامن بما روينا من قوله عليه السلام في حديث طويل ولا ينفر صيدها قوله فان باعه رد البيع قوله
لما قلنا اشارة الى قوله لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وقوله ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد
فليس عليه ان يرسله يشير الى انه لو كان في يده فعليه ان يرسله بالاتفاق ولهذا قال الشافعي في صورة النزاع
عليه ارساله كما اذا كان في يده قوله ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم وقوله وبذلك جرت العادة الفاشية فان الناس
يحرمون ولهم في بيوتهم الحمام ولا يجب عليهم ارسالها قوله ولان الواجب ترك التعرض دليل آخر يتضمن الجواب
عن دليل الشافعي ووجهه ان الواجب ترك التعرض وهو حاصل اذا لم يكن بيده لانه محفوظ بالقفص لا به
والتعرض بالارسال في الملك ليس بمناف لانه لو ارسله في المفازة فهو على ملكه فدل على انه لا معتبر ببقاء
الملك ولو لزم الجزاء بارسال او لم يرسل وقيل اذا كان القفص في يده وجب عليه ارساله لانه متعرض له بمسكه
لكن على وجه لا يضيع بان يخليه في بيته لان اضاعة المال منهي عنها وقوله فان اصاب حلال صيدا اخذه وقوله
ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما احترازا عما اخذ المحرم فانه لا يملك الصيد والملك المحترم لا يبطل بالاحرام
وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل ان الحلال اذا اخذ الصيد ثم احرم فارسله ثم حل فوجده في يد غيره
كان له الاخذ منه بخلاف ما اذا اخذ الصيد وهو محرم ثم ارسله ثم حل ثم احرم فوجده في يد غيره لا سبيل
له عليه واذا كان ملكا محترما وقد اتلفه المرسل وجب عليه ضمان فان قيل سلمنا انه ملكه ملكا محترما ولكن
وجب اخراجه عن الملك تركا للتعرض الواجب الترك اجاب بقوله والواجب عليه ترك التعرض لا الاخراج عن
ملكه ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع عنه يده بالارسال كان متعديا فيضمن ونظير هذا الاختلاف
الاختلاف في كسر المعازف فانه لا ضمان فيه عندهما لانه امر بالمعروف بالنهي عن المنكر وعند ابي حنيفة يجب
يجب الضمان لغير اللهو قوله وان اصاب محرم صيدا فارسله وقوله فان قتله محرم آخر فعلى كل واحد منهما
جزاء لان الآخذ متعرض للصيد الآمن والتعرض لمحظورات الاحرام الموجبة للجزاء والقاتل مقرر
لذلك لانه كان قبل الاخذ متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرير التعرض كالابتداء في حق
التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فانهم يضمنون لانهم قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط
لتمكين ابنه الزوج على ما عرف ثم يرجع الآخذ على القاتل بما ضمن من الجزاء وقال زفر لا يرجع لان الآخذ
انما اخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة
الضمان فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم كمسلم غصب خمر ذمي فاتلفه في يده آخر فضمن الذمي الغاصب
لم يرجع على المتلف بشيء وقلنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به وهو اي القاتل
جعل فعل الآخذ علة فيكون قتله في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان اليه كغاصب الغاصب اذا اتلف
المغصوب وضمن الغاصب فان حاصل الضمان يستقر عليه واعترض بان الرجوع يلزم تضمين ما ليس بمملوك
وما ليس بمملوك ليس بمضمون والزام اكثر مما لزمه فان ما لزمه كفارة يفتى بها ويجزيه الصوم فيه وبالرجوع
يطالبه بضمان محكوم به يحبس عليه وذلك اكثر مما لزمه فلا يجوز واجيب عن الاول بان الضمان لا يستدعي
الملك بل يجوز ان يكون في مقابلة ازالة اليد المحترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لان الآخذ كان متمكنا من
من الارسال واسقاط الجزاء عن نفسه ففوتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر اذا اتلفه انسان في يده
فادى الغاصب قيمته فانه يرجع على القاتل بقيمته كما في ملكه وان كان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك

الثاني بان مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر ثم الابن يضمن الا
رجع الاب على الغاصب ويحبسه وان كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه والجواب عما استشهد به ان فان قاب
الخنزير لم يثبت لزيد بحرمته لان خروجه عن محلية التملك لا يمانعه بخلاف الصيد لان ذلك فيه لزيادة احرام في
حق المحرم باحرامه كرمة الآدمي فثبت لزيد بحرمته وان لم يثبت له ملك **قال** فان قطع حشيش الحرم اعلم
ان حشيش الحرم وشجره على نوعين شجر انبته الانسان وشجر نبت بنفسه وكل واحد منهما على نوعين لانه اما ان يكون
من جنس ما انبته الناس او لا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء والاول من الثاني كذلك فانما يجب الجزاء
في الثاني منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما انبته الناس ويستوي فيه ان يكون مملوكا لانسان بان
نبت في ملكه او لم يكن حتى قالوا في رجل نبت في ملكه ام غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه
قيمة اخرى بحق الشرع **قوله** فان قطع حشيش الحرم الى قال عليه قيمته اشارة الى هذا النوع الاخير لانه
اضافه الى الحرم **قوله** وهو مما لا ينبته الناس قوله لا يختلي خلاها اي لا يحصد رطبها ولا يقطع
شوكها **وقوله** لان حرمتها ثبتت بسبب الحرم لا بسبب الاحرام لان المحرم ليس بممنوع عن الاحتشاش والاحتطاب
خارج الحرم **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله لانها غرامة وليس بكفارة **وقوله** بخلاف الصيد يعني لا يجوز
بيع صيد اصطاده محرم او بيع صيد الحرم اصلا والفرق ما ذكر بعد قوله لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن
وقوله والذي ينبته الناس عادة متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس **قوله** وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان
معطوف على قوله والذي ينبته الناس عادة معنى ما لا ينبته الناس عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبته
فكان غير مستحق للامن الحاقا بجعل الاجماع بجامع انقطاع كمال النسبة الى الحرم عند النسبة الى غيره لا
قوله ولو نبت بنفسه يعني الذي لا ينبت عادة لو نبت بنفسه في ملك رجل فقطعه ما ذكرنا آنفا واعترض
عليه بوجهين ان النبات يملك بالاخذ فكيف يجب القيمة بعد ذلك والثاني ان الحرم غير مملوك لاحد فكيف
يتصور قوله وقيمة اخرى بها نا لمالكه واجيب عن الاول بان قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث الماء والكلأ
محمول على خارج الحرم واما حكم الحرم فخلافه لانه حرام التعرض بالنص كصيده وعن الثاني بانه على قول من يرى
تملك ارض الحرم وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله **قوله** وما جف من شجر الحرم بيان الاستثناء في قطع
شجر المستثنى وهو ظاهر **وقوله** لا باس بالرعي لان فيه ضرورة يعني ان الذين يدخلون الحرم للحج او العمرة
يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت الضرورة **ولنا** ما رويناه يعني قوله عليه السلام لا يختلى خلاها
وانما يعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه فان قيل النص في القطع لا في الرعي اجاب بقوله والقطع
بالمشافر كالقطع بالمناجل شفة كل شيء حرفه ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به
الزرع **قوله** وحمل الحشيش يعني سلمنا ان النص في القطع لا في الرعي ولكن لا نسلم الضرورة لان حمل
الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة فان قيل بال الاذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه اجاب بقوله بخلاف
الاذخر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه وروي ان العباس لما قال رسول الله لا يختلى خلاها ولا
يعضد شوكها قال الا الاذخر يا رسول الله فانها لقيونهم وبيوتهم فقال صلى الله عليه وسلم الا الاذخر وتاويله انه عليه السلام
كان من قصده ان يستثني الا ان العباس سبقه بذلك او كان اوحى الله اليه ان يرخص فيما يستثنيه العباس
فان قيل على هذا التقدير كان قوله لا يختلى خلاها مخصوصا بما دون فلم خص الحرم بالقياس قلت الاستثناء

ليس بتخصيص ولئن سلمنا فكان الاذخر مخصوصا بالضرورة وقد ذكرنا ان لا ضرورة في الرعي **قوله** بخلاف الكمأة متصل
على قوله بخلاف الاذخر يعني انها ليست بداخلة في النهي لانها ليست من جملة نبات الارض بل هي مودعة فيها **قال**
وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان كل ما على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن
فيه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي عليه دم واحد بناء على ان القارن عنده محرم باحرام واحد وعندنا
باحرامين وقد مر ذلك من قبل فان قيل احرام الحج اقوى لكونه فرضا دون العمرة واذا اجتمع امران في ايجاب حكم واحد
واحدهما اقوى من الآخر فان الحكم يضاف اليه ويجعل الاضعف كالمعدوم كما ذكرتم في المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا
يجب الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام اقوى فالجواب ان ذلك الاصل صحيح ولكن ليس احرام الحج اقوى من احرام
العمرة فان احرام العمرة على انفراده يحرم على المحرم بها جميع ما يحرم باحرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع احدهما
الآخر فان قيل فعلى هذا يجب ان يختص وجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف بعرفة فاما بعد الوقوف
بها ففي الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات دم واحد لما ان احرام العمرة انما بقي في حق التحلل لا غير قلت
بعد ذلك وان كان شيخ الاسلام ذكر مثل ما ذكرت ووجه البعد ان احرام العمرة بعد الفراغ من افعالها لم يبق الا
في حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء **قوله** الا ان يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دمان
قوله خلافا لزفر يعني انه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في سائر المحظورات ولنا ان المستحق عليه عند الميقات
احرام واحد الا يرى انه لو احرم للعمرة عند الميقات ثم احرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزا ولا شيء عليه
مع انه قارن ايضا وتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد
منهما جزاء كامل وقال الشافعي عليهما جزاء واحد لان عنده ان الاعتبار للمحل وغرضنا قال القائل الذي
يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل هنا واحد فلا يلزمه الا جزاء واحد وقياس بصيد الحرم وحقوق العباد
ولنا ان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة اما انه يصير جانيا فلان القتل الذي لا
يقبل التجزئة اذا صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما في القصاص وكفارة القتل واما انه جناية
تفوق الدلالة فلاتصالها بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا فلان الجناية كانت متعددة وتعدد
يوجب تعدد الجزاء لا محالة **قوله** واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما
تقدم غير مرة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل قال المصنف لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن
للصيد الآمن يعني ان الصيد بعد الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي بقاء استحقاق الامن شرعا
بالبيع باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع كخروجه عن محلية الذبح لذلك والبيع المضاف الى غير محله باطل
وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة وبيع الميتة باطل لعدم المحل **وقوله** ومن اخرج ظبية من الحرم حلالا كان او محرما
فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن
شرعا انما اضافه يعني بقاء الاستحقاق للامن شرعا فلان الرد الى مامنه واجب واما ان كل من اتصف بتلك
الصفة صفته تلك تسري الى الاولاد وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسري الى الاولاد في الحرية والرق
والكتابة وغيرها ونوقض بولد المغصوبة فانه واجب الرد الى المالك وهي صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فانه بالهلاك
الغصب غير مضمون فالجواب ان الصفة الشرعية تسري الى الاولاد اذا لم يكن مانع وصفة المغصوبية تمنع عن ذلك
لانها ليست بصفة شرعية ولان نصوية لا يتحقق في الاولاد لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد لا

ولهذا وجب رده الى مامنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد
فان ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء
لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل

يحصل لعدم ثبوت يد عليها فلا يزال بالغصب باب مجاوزة الموقت بغير احرام

قال صاحب النهاية لما ذكر باب الجنايات وانواعها اعقبه ذكر باب مجاوزة الموقت بغير احرام لان هذا من الجنايات

ايضاً الا ان هذا قبل الاحرام وما ذكره من باب الجناية وما يتصل بعد الاحرام ومطلق ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد

الاحرام فكان كاملاً في استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا الباب فان قيل كان الواجب ان لا يجب على من

جاوز الميقات بغير احرام شيء لان المحرم الاشياء الموجبة للكفارة هو الاحرام والاحرام غير موجود في ذلك الوقت

فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام ارتكب المنهي عنه وتمكن به في حجه نقصانه وقضاؤه بجبر بالدم الا

اذا تدارك ذلك في اوانه بالرجوع الى الميقات ملبياً قبل ان يطوف كما اذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم

فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفي والا فالرجوع

اليه والى غيره من المواقيت سواء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك الميقات

يحاذي الميقات الاول او ابعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا وان رجع اليه لكن لم يلب حتى دخل مكة فطاف

لعمرته فعليه دم عند ابي حنيفة رح وقالا ان رجع محرماً فلا شيء عليه لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم

لان جنايته لم ترتفع بالعود لان حق الميقات انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ فصار كما اذا

افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في وقته وذلك قبل الشروع في الافعال

وتدارك المتروك في اوانه يسقط الكفارة بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك لان المتروك هناك

استدامة الوقوف الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر رح وبقي

الكلام بينهم في ان التدارك هل يحصل بمجرد العود او مع التلبية عنده بها بعوده محرماً لانه اظهر حق الميقات

وهو المرور به محرماً فانه احرم من دويرة اهله ومر به ساكتاً فصح وعنده بعوده ملبياً لان العزيمة في الاحرام

ان يحرم من دويرة اهله فاذا احرم منها صادفت موضع احرامه فيشترط التلبية هناك واذا لبى ثم سكت

عند المرور بالميقات لا شيء عليه وليس الكلام فيه وانما الكلام فيما اذا ترخص بالتاخير الى الميقات فانه

يجب قضاء حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى احرم وراء الميقات ثم عاد

فان لبى فقد اتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يأت بجميع ما استحق عليه والحكم

في احرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف في احرام العمرة في جميع ما ذكر قوله ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف

متصل بقوله وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله ان مسئلة العود على ثلثة اوجه

في وجه لا يسقط بالعود بالاتفاق وفي وجه يسقط به بالاتفاق وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرناه

وبيانه ان من دخل مكة يريد الحج او العمرة لا يجوز له ان يجاوز الميقات بغير احرام فان جاوز فاما ان يعود

اليه او لا فان لم يعد وجب عليه الدم وان عاد فاما ان يعود قبل الاحرام او بعده فان عاد قبله سقط

الدم بالاتفاق لانه انشاء التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد بعده فاما ان يعود بعدما

ابتدأ الطواف واستلم الحجر او قبله فان عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم الحجر

وقع شوطاً معتداً به وذلك يمنع في اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار انه مبتدئ من الميقات

تقديراً او بعدما وقع منه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتدئاً وظهر لك مما ذكرنا ان قوله واستلم الحجر بيان

ان المعتبر في ذلك الشوط وان عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور وقوله فان دخل البستان لحاجة

التحي بالمد يعني سواء نوى من الاقامة او لم ينو في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه شرط نية الاقامة خمسة

عشر يوماً وقوله وقد مر من قبل اراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل

الذي بين المواقيت وبين الحرم وقوله ومن دخل مكة بغير احرام معناه من دخل مكة بغير احرام فلزمه حجة او عمرة ثم خرج

من عامه ذلك وحج حجة الاسلام او حجة او عمرة فانها تنوب عما وجب عليه بدخول مكة بغير احرام وقال زفر رح

لا يجزيه وهو القياس اعتباراً بما لزمه بسبب النذر فاذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانه

لا يسقط بها النذر وكذلك ههنا والجامع الصغير ان كل واحدة منها واجبة بسبب غير سبب الاخرى

فان ما وجب عليه بالدخول بمنزلة ما يجب عليه بالنذر في ان الشروع ملتزم كالنذر فكما لا يتأدى المنذور

بحجة الاسلام فكذا المشروع فيها وصار ذلك كما اذا تحولت السنة ثم حج فانه لا يقوم مقام ما لزمه بدخول

مكة بلا خلاف ولنا وهو الاستحسان انه تلافى المتروك في وقته وهو السنة التي دخل فيها مكة لان الواجب

عليهم تعظيم هذه البقعة بالاحرام لا غير على اي وجه كان وقد حصل ذلك كما اذا اتاه محرماً بحجة الاسلام في الا

فانه يجزيه عن حجة الاسلام التي نوى وعما لزمه بدخول مكة بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار ديناً في ذمته

بمضي وقت الحج فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من

سنة نذره فيها دون العام الثاني فان قيل سلمنا ان الحجة بتحول السنة يصير ديناً ولكن لا نسلم ان العمرة تصير

ديناً لعدم توقتها بوقت معين فينبغي ان يسقط العمرة الواجبة بدخول مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة

في السنة الثانية كما يسقط بها في السنة الاولى اجيب بان تاخير العمرة الى ايام النحر والتشريق مكروه

فاذا اخرها الى وقت يكره وصار كالمفوت لها فصارت ديناً قال ومن جاوز الميقات بغير احرام

ذكر في هذه المسئلة ثلثة احكام المعنى فيها وقضاؤها باحرام من الميقات وسقوط الدم اما المعنى فلان الاحرام

عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا بالاداء او الافعال واما القضاء فلانه التزم الاداء على وجه الصحة

ولم يفعل واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها باحرام من الميقات يجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة بغير

احرام فسقط عنه الدم كمن سهى في صلوته ثم افسدها فقضاها سقط سجود السهو وقال زفر رح لا يسقط

عنه الدم وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام واحرم بالحج ثم افسده بالجماع

قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فان دم الوقت يسقط عنه خلافاً لزفر رح قال لان الدم بمجاوزة الميقات

صار واجباً عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب او لبس المخيط فانه لا يسقط عنه

بفوات الحج ولنا انه يصير قاضياً حق الميقات بالاحرام منه اي من الميقات في القضاء وهو اي القضاء يحكي

الفائت اي يفعل مثل فعل ما فات وهو الاحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذي لاجله لزمه الدم

وهو المجاوزة بغير احرام بخلاف غيره من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه وقوله واذا خرج

المكي من الحرم الى آخره ظاهر باب اضافة الاحرام الى الاحرام اضافة الاحرام

الى الاحرام في حق المكي ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج في حق الافاقي بخلاف

اضافة احرام الحج الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكره عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعل في باب

على حدة قال ابو حنيفة رح اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطاً ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه

دم وعليه حجة وعمرة وقيد بالمكي لان الافاقي اذا اهل بالعمرة او لا وطاف لها شوطاً ثم اهل بالحج مضى فيهما ولا

برفض الحج لان بناء اعمال الحج على اعمال العمرة صحيح فى حق الآفاقى الا انه لو طاف لها اقل الاشواط كان قادرا
وان طاف لها الاكثر كان متمتعا لان المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة وللاكثر من الطواف حكم الكل والقادر من
يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان المكى اذا اهل بالحج فطاف له شوطا ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرام الحج
قد تاكد وقبل التاكد كان يؤمر برفضها فبعده اولى وقيد بالشوط يعنى الواحد لانه اذا طاف لها اربعة
اشواط لا خلاف فى رفض الحج واما فى الشوطين والثلثة فقد صرح فخر الاسلام بوجود الخلاف الذى ذكر
اذا طاف لها شوطا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة احب الينا وقضاها وعليه دم لانه لابد من
رفض احدهما بناء على ما تقدم ان الحج والعمرة فى حق المكى غير مشروع فلا بد من رفض احدهما حذرا من الاستمرار
على غير المشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا لكونها فرضا دونها واقل اعمالا لان اعمالها الطواف
والسعى لا غير وايسر قضاء لكونها غير موقتة هذا اذا كان الحج فرضا واما اذا كان تطوعا فيعلل بالوجهين
الاخيرين قوله وكذا اذا احرم يعنى رفض العمرة احب لكن هذا بالاتفاق لما قلنا يعنى من الاوجه الثلثة
وفى عبارته تسامح لانه عطف مفقود وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو يلبس لا محالة قوله وان طاف
للعمرة اربعة اشواط لظهرها ذكرنا آنفا قوله وكذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عندهما وفى بعضها
عند ابى حنيفة رح وفى بعضها وكذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابى حنيفة رح بحذف كلمة لا من قوله
وكذلك قال صاحب النهاية ذكر الامام مولانا حسام الدين الاخسيكتى والصواب وكذلك يعنى النسخة
الاخيرة قال وهكذا ايضا وجدته بخط شيخى ولكل واحدة من هذه النسخ وجه اما وجه الاولى والثانية
فظاهر واما وجه الثالثة فهو انه لدفع سؤال السائل وهو ان يقال لما اخذ الاكثر حكم الكل بكون الاقل معدوما
حكما فينبغى ان يرفض العمرة عند ابى حنيفة رح حينئذ لانه لم يأخذ حكم الوجود فصار كانه لم يطف للعمرة
شيئا وصار برفض العمرة كما هو كذلك فى المعدوم الحكمى فقال ليس كذلك فانه لما اتى بشئ من افعال العمرة
فقد تاكدت العمرة ولم يتاكد الحج اصلا فكان رفض غير المتاكد اسهل وهذا هو احد الوجهين المذكورين
فى الكتاب من جانبه والوجه الآخر هو ما ذكره بقوله ولان فى رفض العمرة والحالة هذه يعنى والحال انه اتى
بشئ من افعال العمرة ابطال العمل اى الطواف الذى اتى به وفى رفض الحج امتناع عنه والامتناع اهون من
ابطال ما وقع معتدا به قوله وعليه دم بالرفض ايهما رفضه يعنى الحج عنده والعمرة عندهما لانه تحلل قبل اوانه
لتعذر المضى فيه لكون الجمع بينهما غير مشروع فكان فى معنى المحصر وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر
لا دم نسك على ما يأتى فان قيل هلا لزمه دمان لجناية كل واحد من الاحرامين دم اجيب بانه غير ممنوع من
احدهما فالنقصان حينئذ تمكن فى احدهما فلذلك لزمه دم واحد لا اثنان فى رفض العمرة قضاها لانه
وفى رفض الحج قضاؤه وعمرة اما الحج فلانه صح شروعه فيه ثم رفضه واما العمرة فلانه فى معنى فائت الحج وفائت
الحج يتحلل بافعال العمرة بالحديث وقد تعذر التحلل بافعالها ههنا لانه فى العمرة والجمع بين العمرتين منهى
عليه قضاء الحج والعمرة جميعا فان مضى عليهما يعنى اذا لم يرفض المكى ومن بمعناه العمرة او الحج وانما مضى عليهما
واداهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهى عنهما اى عن احرام الحج واحرام العمرة جمعا قال
صاحب النهاية وفى نسخة شيخى بخطه منهى عنها اى عن العمرة اذ هى المتعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بطواف
الحج والكلام فيه لا نهاية الداخلة فى وقت الحج وبسببها وقع العصيان قوله والنهى لا يمنع تحقق الفعل على اصلنا

من اصلنا

من اصلنا ان النهى يقتضى المشروعية دون النفى فى اصول الفقه قيل ذكر المصنف فى اول المسئلة ان الجمع بينهما فى حق
المكى غير مشروع ثم ذكر ههنا انه لا يمنع تحقق الفعل ومعناه كما قلنا انه يقتضى المشروعية فكان التناقض كلا
واجيب بانه اراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما فى حق الآفاقى وبه يندفع التناقض قوله وعليه دم
واضح قال ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى اعلم ان اضافة الاحرام الى الاحرام اربعة
اقسام بالقسمة العقلية ادخال احرام الحج على احرام العمرة وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال احرام العمرة
على احرام العمرة على احرام الحج وقدم ادخال احرام الحج على احرام العمرة على الاقسام الباقية لكونه ادخلها كونه
جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم ولما فرغ من ذلك ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج مقدما على غيره لقوة
حاله اذا كان احدهما فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لاتفاقهما فى الكيفية فى كيفية الافعال
والاصل فى ذلك ان الجمع بين احرامى الحج او احرامى العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند ابى حنيفة وابى
يوسف وعند محمد والشافعى يلزمه احدهما والكلام ههنا مبنى على ان الاحرام شرط وركن فلا يمكن
الجمع بين الركنين وعندنا شرط للاداء لكن محمدا رح يقول هو وان كان شرطا للاداء الا انه ما شرع الا للاداء
فلا يتحقق الا على الوجه الذى يتصور فيه الاداء واداء حجتين او عمرتين معا غير متصور فلا يتصور الاحرام
لهما كالتحريمة فى الصلوة وهما يقولان الاحرام بالحج التزام محض فى الذمة بدليل انه يصح منفصلا عن الاداء
والذمة تسع حججا كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة للصلوة لانها لا تصح منفصلة عن الاداء
الا انه لابد من رفض احدهما اما احترازا عن ارتكاب المنهى عنه واما لان البقاء للاداء لا للالتزام والجمع
اداء غير متصور فبعد هذا قال ابو حنيفة رح اذا توجه الى اداء احدهما صار رافضا للاخرى وقال ابو يوسف
كما فرغ من الاحرامين يصير رافضا احديهما وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا قتل صيدا قبل ان يتوجه الى
احدهما فانه على قول ابى حنيفة رح يلزمه قيمتان وعلى قول ابى يوسف يلزمه قيمة واحدة وكذلك اذا جنى
بعد الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند ابى حنيفة رح خلافا لابى يوسف اذا عرف هذا نعود الى تطبيق ما فى
الكتاب على هذا الاصل فاذا احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى ان حلق فى الحجة الاولى ثم احرم يوم
النحر بحجة اخرى لزمته الاخرى لما ذكرنا انه التزام محض ولا شئ عليه لان الاولى قد انتهت نهايتها وان لم يحلق
فى الاولى واحرم بحجة اخرى صار جامعا بين احرامى الحج فبعد ذلك اما ان يحلق للاولى فى هذه السنة او يؤخر
الحلق الى السنة الثانية فان حلق فقد تحلل عن الاولى لكن جنى على الثانية بالحلق فى الاولى وان اخر فقد اخر
الحلق فى الاولى عن وقته والتاخير عن الوقت مضمون فى قول ابى حنيفة رح ولهذا قال فى الكتاب وعليه دم قصر
او لم يقصر اى حلق او لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير لانه وضع المسئلة فى قوله ومن احرم بالحج يتناول الذكر
والانثى فذكر اولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما ان الافضل فى حق الرجل الحلق وفى حق النساء التقصير
وقالا ان لم يقصر فلا شئ عليه لان الجمع بين احرامى الحج او احرامى العمرة بدعة الى آخر ما ذكر فى الكتاب وهو
واضح بعد التامل فيما سبق لكن يرد عليه شئ وهو ان المذكور من مذهب محمد رح فى هذا الاصل انه اذا جمع بين
احرامين انما يلزمه احدهما وهو المروى عن الامام التمرتاشى وفى الفوائد الظهيرية وح لا يلزمه دم وان قصر
لعدم لزوم الاخرى فاما ان يكون سهوا فى نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما واما ان يكون عنه روايتان فذكر فى
ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم بعمرة اخرى فعليه دم يعنى بالاتفاق لاحرامه قبل الوقت لانه وقته بعد

الحلق عن الاولى فلم يوجد الا الجمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة لا يحل التناول
منه وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير يتبين بها لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد
عن بيان وجوب الجمع بين احرامي الحج في الجامع الصغير واوجبه في مناسك المبسوط فقال بعض مشايخنا في ذلك
روايتان واما وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة فذلك رواية واحدة وهذه المسئلة ايضاً تدل على ان مذهب محمد
في لزوم الاحرامين كمذهبهما وانه لما لزم عنده شيء لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم احدهما الا اذا اراد بالجمع
ادخال الاحرام على الاحرام وان لم يلزم الا احدهما فيستقيم قوله ومن اهل بالحج اي رفع صوته بالتلبية ثم
احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لانه قرن بين النسكين
لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئاً لان السنة ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج قال الله تعالى
فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج آخر الغايتين لكن لما لم يؤد الحج صح لان الترتيب وجد في الافعال وان
فات في الاحرام فعليه تقديم افعال العمرة على افعال الحج حتى لو وقف بعرفات ولم يأت بافعال العمرة كان رافضا
لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة بل المشروع ان يكون افعال الحج مبنية على افعال
العمرة قوله مبنية نصب على الحال قال في النهاية فالعامل فيها معنى الاشارة في هي هكذا كانت مقيدة بقيد يجي
وفيه نظر فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى لو بدا له فرجع من الطريق الى مكة فطاف لعمرة وسعى ثم وقف
بعرفات كان قارنا وقد ذكرناه من قبل يعني في آخر باب القران حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو
الصحيح من مذهب ابي حنيفة رح الى آخره فان طاف للحج يعني طواف التحية ثم احرم بعمرة فمضى عليهما وتفسير المضي ان
يقدم افعال العمرة على افعال الحج كما هو المسنون في القران لزماه وعليه دم الجمع بينهما لان الجمع بينهما مشروع على
يعني قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي فصح الاحرام بهما وكلامه ظاهر قوله هو الصحيح احتراز عما اختاره
شمس الائمة وقاضي خان والامام المحبوبي ان دم ذلك دم القران فيكون دم شكر وذكر الامام فخر الاسلام مثل
ما ذكره في الكتاب بانه اخطأ السنة في بناء افعال العمرة على افعال الحج من وجه فكان كقران المكي قوله ويستحب
ظاهر قوله ومن اهل بعمرة في يوم النحر يعني قبل الحلق او قبل طواف الزيارة لان حكم من اهل بها بعدما حل من الحج
بالحلق يأتي ذكره كذا في النهاية والظاهر الاطلاق على ما ذكره قوله لزمته لما قلنا يريد قوله لان الجمع بينهما
في حق الآفاقي قوله يرفضها لما معناه يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج وهو الوقوف فيصير بانيا افعال
العمرة على افعال الحج من كل وجه قوله وقد كرهت العمرة وجه آخر في لزوم الرفض على ما يذكر اشارة الى ما يذكر
في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها قوله ومضى مكانها
اي قضاها قوله لما بينا اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة
وبين الشروع في الصوم في يوم النحر حيث لا يلزمه القضاء اذا افسده وههنا يلزمه اجيب بان نفس
الشروع في الصوم فيه يحصل به المعصية وهو ترك اجابة ضيافة الله تعالى فيه بالافطار ولا يلزمه القضاء
واما بمجرد الاحرام للعمرة في هذه الايام فلا يحصل لان المعصية اداء افعالها في هذه الايام ولم يوجد فلزم
القضاء لصحة الشروع وان مضى عليها اي على العمرة التي احرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليهما اي على الحج والعمرة
اجزأه ولظهر قوله وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام يعني ان كان احرام العمرة قبل الحلق بالحلق او في
الاعمال الباقية يعني ان كان بعد الحلق وهذا يرشد الى ان كلام المص على اطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلق كما ظن

صاحب

صاحب النهاية لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا حاجة الى قوله او في الاعمال الباقية وقد ذكر الحلق او
وكذا قوله وقيل اذا حلق يدل على ذلك لان معناه يلزمه الرفض مطلقا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على
ظاهر ما ذكره في الاصل قال الامام فخر الاسلام لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير وجوابه في الاصل يشتبه
ظاهر ذلك انه لا يرفضها وقيل يرفضها احترازا عن النهي عنه يعني النهي عن العمرة في هذه الايام كما ذكرنا قال الفقيه
ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا اي على هذا القول وهو رفض العمرة ومعنى ظاهر ما ذكره في الاصل انه لا يرفضها
اي لا يفترض رفضها وهو رفض قوله وان فاته الحج يعني فائت الحج وهو من فاته الوقوف اذا احرم بعمرة او بحجة فانه
يرفض التي احرم بها اما اذا كانت عمرة فلان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان يعقبه احرام احرام عمرة
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهذا بناء تظهر في حق لزوم الرفض اذا احرم بحجة اخرى فعندهما
يرفضها كيلا يصير جامعا بين احرامي الحج وعند ابي يوسف رح لا يرفضها بل يمضي فيهما وقوله على ما يأتيك
اراد به قوله لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة لان هذا غير مذكور هنالك قوله فيصير جامعا اي فائت الحج اذا
احرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين افعالا فيجب ان يرفض العمرة التي احرم بها كما احرم بعمرتين واما اذا
كانت حجة فانه يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع
فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه **باب الاحصار** لما كان من الاحصار
هو جناية على المحرم اعقبه باب الجناية بباب على حدة يقول العرب احصر اذا منعه خوف او مرض من الوصول الى
اتمام حجة او عمرة واذا حبسه سلطان او قاهر مانع يقولون حصر فالمحصر محرم ممنوع عن المضي على اتمام افعال ما
احرم لاجله فاذا احصر بعدو او مرض جاز له التحلل وانما فسر به حصر الاحصار في العدو وقال المرغيني
ليس له ان يتحلل الا ان يكون شرط ذلك عند احرامه ولكنه يصير الى ان يبرأ لان التحلل بالهدي شرع في حق
المحصر لتحصيل النجاة بالاحلال والنجاة بالاحلال لا يكون الا من العدو ولان ما به من المرض لا يزول بالتحلل
بخلاف المحصر بالعدو فان ما ابتلي به يزول بالتحلل لانه يرجع الى اهله فيندفع عنه شر عدوه ولنا ان آية
الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو واذا
وردت فيه كانت دلالته بالمرض اقوى وفيه بحث من وجهين الاول كان من حق الكلام ان يقول باجماع
اهل التفسير لان اهل اللغة لا تعلق لهم بمورد الآية وسبب نزولها والثاني انها نزلت في رسول الله عليه السلام
والصحابة رضي الله عنهم وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول ان معناه بدلالة اجماع اهل اللغة
اجمعوا على معنى دل على ذلك المعنى ان يكون الآية واردة في الاحصار بالمرض وعن الثاني بانه قيل النصوص
الواردة مطلقة يعمل بها على اطلاقها من غير حمل على الاسباب الواردة هي لاجلها وقوله والتحلل قبل اوانه
لا يستدل بمعقول فيه شبهة التنزيل كما ذكرناه قال ان الآية في الاحصار وردت في الاحصار بالعدو ولا
فرق بين الاحصار والحصر لكن المرض يلحق به بالدلالة لان التحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد
الاحرام والحرج في الاصطبار على الاحرام مع المرض اعظم لا محالة لكثرة احتياجه الى مداواة ومداراة الا انه
هو جناية على الاحرام قوله فاذا جاز له التحلل يعني اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر يقال له
ابعث شاة يذبح في الحرم وواعد من يحمله يوما بعينه يذبح فيه ثم تحلل وهذا على قول ابي حنيفة رح لان دم
الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الى المواعدة ليعرف وقت الاحلال وانما قيد بها لان دم الاحصار في الحج موقت

يوم النحر فلا حاجة الى المواعدة فيه وانما يحتاج اليها في العمرة فاذا بعث فهو بالخيار ان شاء اقام بمكانه وان
شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب يتخير بين المقام والانصراف قال في النهاية انما قيد بقوله يذبح فيه ثم
يحل لانه اذا ظن المحصر ذبح هديه فتحلل ثم تبين انه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورا حالة
احرامه لبقاء احرامه كذا ذكر الامام قاضي خان وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف
قربة الا في زمان او مكان على ما مر ودم الاحصار لا يعرف قربة بدون احد هذين فلا يقع به التحلل وقد
عين الشارع المكان باشارة قوله ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم
والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدي موضع حله ثم فسر المحل بقوله
ثم محلها الى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لانه لا تراق فيه الدماء فكان المراد به الحرم وهذا دافع
وقال الشافعي رح لا يتوقت بالحرم لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف
لا نهايته ولهذا لم يستحق التخفيف متى لم يجد الهدي بل يبقى محرما ابدا ولان نهايته لو كانت مراعاة لتحلل في
الحال كما قال مالك وليس كذلك باتفاق بيننا وبينه **وقوله** ويجوز الشاة ظاهر وذكر في المحيط انه اذا كان
معسرا لا يجد فيه انه اقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج قوله وقال ابو يوسف عليه ذلك
اي الحلق ولو لم يفعل لا شيء عليه لان النبي عليه السلام حلق عام الحديبية وامر اصحابه بذلك فان قيل هذا
الذي ذكر من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما ان مجرد فعل النبي عم في الذي لا يعقل قربة دليل الوجوب
فكيف اذا امر غيره بذلك وح لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه ذلك لما ان مجرد فعل النبي عم
في الذي لا يعقل قربة دليل الوجوب فكيف اذا امر غيره بذلك وح لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شيء
عليه فاين دليله اجيب بان عن المسئلة عن ابي يوسف فيه روايتان في رواية يجوز وفي اخرى واجب
والمص رح اورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل ابي حنيفة ومحمد رح يصلح
دليلا لها قوله ولهما ان الحلق انما عرف قربة يعني ان كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس فيراعى فيه
جميع ما ورد فيه النص من الاوصاف ومن جملتها كونه مرتبا على افعال الحج فلا يكون في غير المرتب قربة وانما حلق النبي عم
واصحابه رض ليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف فيأمنوا جانبهم ولا يشتغلوا بمكيدة
اخرى بعد الصلح وان كان المحصر قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل
عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة لما روي عن عائشة رض
قال خرجنا مع رسول الله عليه السلام في حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال من كان معه هدي فليهلل بالحج مع العمرة
ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا وبالهدي الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل اصلا فان قيل دم الاحصار
قائم مقام الحلق في التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الاحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدي واحد اجيب
بجوابين احدهما ان الحلق في الاصل محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة بمعنى في غيره كالوضوء
للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة يكفي لصلوات كثيرة واما الهدي فانه مشروع للتحلل
الا انه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا جاز التذبح وما هو قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن
الاثنين كافعال الصلوة والثاني ان الحلق محظور الاحرام وانما يصير قربة بسبب التحلل فان تكرر فلا يخلو
اما ان يكون التحلل واقعا بالاول او بالثاني فان وقع بالاول كان الثاني لغوا وان وقع بالثاني كان الاول

جناية فاما الذبح فليس بمحظور فيتحقق الجمع بينهما قوله ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم انما ذكر المسئلة ليجعلها
توطية لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة في بيان ان دم الاحصار اعرق في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه
اصحابنا من اختصاصه بالزمان لانه مختلف فيه **وقوله** اعتبارا بهدي المتعة والقران تعليل لعدم جواز الذبح للمحصر
بالحج الا في يوم النحر واما قوله ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء فبالاتفاق فلا يحتاج الى تعليل ورد بما يعتبر انه بالحلق
اذ كل واحد منهما محلل فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح قوله ولابي حنيفة رح ظاهر قوله بخلاف دم
المتعة والقران جواب عن اعتبارهما صورة التنازع بهما لانه دم المتعة والقران دم نسك وما هو دم نسك
يختص بالزمان فكذا هنا **وقوله** وبخلاف الحلق جواب عن اعتبارهما الاخر وبيانه ان التحلل على نوعين تحلل
في اوانه وهو الذي يترتب على افعال الاحرام لاجله وتحلل قبل اوانه وهو ما ليس كذلك والاول لا بد له من الترتيب
بيوم النحر لان الركن الاصلي هو الوقوف بعرفة وهو ينتهي به اي بوقت الحلق لان وقته يمتد الى طلوع الفجر
من يوم النحر فلا بد ان يقع الحلق في يوم النحر واما الثاني فانه لا يتوقف على اداء الافعال فيجوز تقديمها لعدم
الضرورة الداعية الى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني فكان قياسه على الاول قياسا مع وجود الفارق
وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي من غير اشتراط زمان فكان
بالقياس نسخا **قال** والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة
هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا قال رسول الله صلعم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج
فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والحديث عام في الذي فاته الحج بفوات وقت الوقوف ويفواته بالاحصار
لان كلا منهما قد فاته عرفة فعلنا بوجوب العمرة واما الحج فانما يجب قضاء لصحة الشروع فيها فان قيل
العمرة في فائت الحج للتحلل والتحلل ههنا حصل بالهدي فلا حاجة الى ايجاب العمرة قلنا هذا راي في مقابلة النص
لما روي سالم عن ابن عمر رض انه كان يقول احسبكم سنة رسول الله عليه السلام ان حبس احدكم عن البيت طاف
بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاما قابلا قوله وعلى المحصر بالعمرة القضاء يدل على
ان الاحصار عن العمرة متصور وقال مالك هو غير متحقق في العمرة لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عليه السلام
واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالعمرة بالحديبية وكانوا عمارا صح في كتب الحديث ان عام رسول الله صلعم
واصحابه احصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل شرع لدفع الحرج
وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان
اما الحج واحديهما فلما بينا انه في المفرد من كونه بمعنى فائت الحج واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع
فيها **وقوله** فان بعث القارن هديا قال صاحب النهاية ذكر القارن ههنا وقع غلطا ظاهرا من النساخ فالصواب
ان يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط من وجهين احدهما انه ذكر فان بعث القارن هديا يجب على القارن بعث
الهديين فانه لا يتحلل بالواحد لانه ذكر قبل هذا في الباب فان كان قارنا بعث بدمين والثاني ان المصحح
بين روايتي القدوري والجامع الصغير وبين المسئلة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج واقول
لما كان كلام المص قبل هذا في القارن لم يرد قلنا النظم فقال فان بعث القارن هديا والهدي اسم لما يهدى
الى الحرم سواء كان ذلك دمين او دما واحدا او ثوبا وكان ذكر ان الواجب عليه دمان ودما هدي القارن فكان
قال فان بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غلط في الكلام ولا من نسخ بل [illegible]

فان بعث المحصر كان ملبسًا في حق القادر ولو قال بهدين كان غير فصيح لانه اسم الجنس ما يهدى فلا ينبغي
الا ان قصد الانواع وليس بمقصود او العدد وذلك معلوم مما تقدم ولهذا قال فان بعث القارن
وواعدهم ان يذبحوا في يوم بعينه ثم زال الاحصار ثم ان ههنا وجوهًا اربعة بحسب القسمة العقلية لانه
اما ان لا يدرك الحج والهدى او يدركهما او يدرك الهدى دون الحج او بالعكس والكل مذكور في الكتاب ففي
الوجه الاول لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدى لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال
وان توجه ليتحلل بافعال العمرة فله ذلك لانه فائت الحج فان قيل اذا كان في معنى فائت الحج وجب ان
يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعي حتمًا كفائت الحج اجيب بان الطواف والسعي في حق فائت
الحج غير مقصود لعينه ولكن المقصود هو التحلل وهذا المقصود يحصل له بالهدى الذي بعثه ليتخير فلذا له
يقضي العمرة وله ان يتوجه لئلا يلزمه قضاء العمرة وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول
المقصود بالخلف كالمكفر بالصوم اذا ايسر قبل اتمام الكفارة به واذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه
ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفي الوجه الرابع جاز
له التحلل وهذا القسم يعني الوجه الرابع لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج على ما ذكره في الكتاب ومع ذلك
قوله وحرمة المال كحرمة النفس يعني كما ان خوف النفس كان عذرًا له في التحلل فكذلك الخوف على ماله
الافضل ان يتوجه فان قلت هذا الذي ذكره المصنف من ان حرمة المال كحرمة النفس يخالف لما قال فخر الاسلام في
ان حرمة النفس فوق حرمة المال فجاز ان يكون وقاية في النفس فاذا اكره بالقتل على اتلاف مال الغير جاز
الاقدام عليه فالجواب ان حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك مبتذل فاني يماثل المالك
المبتذل ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون المال محترمًا لقيام عصمة صاحبه فيه والى هذا اشار
المصنف بكاف التشبيه فان المشابهة بين الشيئين لا تقتضي اتحادهما من جميع الجهات والا لارتفع التشبيه
وقوله وله الخيار يعني على وجه الاستحسان لما جاز التحلل كان له الخيار ان شاء صبر الى ان ينحر عنه الهدي في
الميعاد فيتحلل وان شاء توجه لاداء النسك لزوال العجز وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن
وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرًا لان سبب حكم الاحصار خوف الفوات وقد وقع الامن عنه لقوله عليه السلام
من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة وعليه عند ابي حنيفة اربعة دماء
دم لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك رمي الجمار ودم لتاخير الطواف ودم لتاخير الحلق وعندهما
عليه لتاخير الطواف والحلق شيء فان قيل قد تقدم ان انسداد الاحرام يثبت حكم الاحصار كما في
احصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمًا اجيب بانه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النساء
وان كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل وقوله ومن احصر بمكة ظاهر قوله فيما بينا يعني
قوله من وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرًا قوله وقد قيل في هذه المسئلة يعني قوله ومن احصر بمكة خلاف بين
ابي حنيفة وابي يوسف وهو ما ذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف قال سالت ابا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم
فقال لا يكون محصرًا فقلت اليس النبي عليه السلام احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت
دار الحرب فاما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال ابو يوسف واما انا فاقول اذا غلب
العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف والصحيح من الرواية ان الممنوع عن الوقوف

والطواف يكون محصرًا باتفاق اصحابنا واذا قدر على احدهما لا يكون محصرًا وهو معنى قوله ما علمت من التفصيل

باب الفوات

الطواف معنى الاحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب
لان الاحصار احرام بلا اداء وفي الفوات احرام واداء فلا جرم اخر تاخيره وقوله ومن احرم بالحج وفاته الوقوف
ظاهر قوله ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحًا اي نافذًا لازمًا لا يمتنع برافع هو احتراز عن احرام الرقيق بغير اذن
المولى واحرام المراة في التطوع بغير اذن الزوج فان للمولى والزوج ان يحللاهما وليس باحتراز عن الاحرام
الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة او احرم مجامعًا فان حكمه حكم الصحيح قوله لا طريق للخروج
الا باداء احد النسكين منقوض بالمحصر فان الهدي طريق للخروج عنه كما تقدم واجيب بان مبنى الكلام
على ما هو الوضع وسند الاحصار من العوارض تثبت بالنص وقوله كما في الاحرام المبهم اي المبهم من النسكين
الحجة والعمرة بان ابهم في الاحرام وقال لبيك اللهم لبيك ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيئًا فانه يصح احرامه
ولا يخرج عنه الا باداء احد النسكين لكنه يتعين في المتيقن وهو العمرة لانها اقل افعالًا وايسر مؤنة وههنا
عجز عن الحج لفوات ركنه الاعظم فيتعين عليه العمرة وكانت المناسبة بين الاحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج
عن الاحرام بافعال العمرة وقوله ولا دم عليه يعني عندنا خلافًا للثلث فيه فانه يوجب الدم عليه قياسًا
على المحصر ولنا ان التحلل وقع بافعال العمرة وكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما
ولا يقاس احدهما على الآخر لان كل واحد منهما قادر وعاجز على ان يجز عنه الآخر وعما يعتقد عليه وقوله
والعمرة لا تفوت اي لانها غير موقتة وهي جائزة في جميع السنة تدل على جوازها في اشهر الحج وقد اختلف
السلف في ذلك وكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها ويقول الحج في الاشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها
بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى رسول الله صلعم انه اعتمر في ذي القعدة اربع عمر
الا التي اعتمر مع حجته واما كراهيتها في الايام الخمسة وهي مذهبنا وقال الشافعي لا يكره وما ذكره في
الكتاب ظاهر وقوله والاظهر من المذهب ما ذكرنا يعني كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده وقوله والعمرة
سنة اي سنة موكدة وقوله ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية
استشكل بالايمان وصلوة الجنازة فانهما فرضان وليسا بموقتين وبالصوم فانه يتادى بنية غيره وهو فرض
واجيب بانا قد قلنا ان كل ما هو غير موقت ونعني بذلك ما هو غير موقت بوقت معين من اوقات العمر افاد
قيد انتفى الفرضية والايمان فرض دائم فلا يرد نقضًا وصلوة الجنازة موقتة بوقت حضورها وان الكلام
فيما يكون غير موقتة وصوم رمضان ليس كذلك واولى منشأ هذا الاستشكال الذي هو قول في كلام المصنف
جعل مجموع قوله لانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها امارة واحدة وما شاء الى ذلك بقوله وهذه امارة
النفلية وحينئذ لا يرد عليه ذلك اما الايمان فلانه لا غيرية حتى يتادى بنيته اذ هو لا يتنوع الى فرض ونفل
وكذا صلوة الجنازة واما صوم رمضان فلانه موقت بوقت معين وقوله وتاويل ما رواه يعني قوله عليه السلام
العمرة فريضة انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا يثبت الفرضية مع التعارض في الآثار فان ما روى يدل على الفرضية
وما روينا على كونها سنة واذا تعارضت الآثار لا يثبت الفرضية لانها لا تثبت الا بدليل مقطوع به فان قيل
هو ثابت بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله عطف العمرة على الحج والحج فريضة وامر بالاتمام والامر للوجوب
اجيب بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والامر بالاتمام والاتمام انما يكون بعد الشروع

ونحن نقول هو وان كانت في الابتداء سنة وقوله وهي الفوائد والتي ظاهره باب الحج عن الغير

لما كان الاصل في التصرفات ان يقع عمن يصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بان يؤخر وبابه ثابت واعلم ان من صلى

او صام او تصدق وجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند اهل السنة وقال بعض اهل العلم لا يجوز لقوله تعالى وان ليس للانسان

الا ما سعى وهذا ليس من جهة ولان الثواب هو الجنة وليس لاحد تمليكها لغيره لانه ليس بمالك لها وقلنا ما يجعل

لغيرها سعيه كسعي الغير وله ولاية ان يصيرها نائبا لغيره وان يجعل استحقاقه الجنة لغيره واذا ظهر هذا فقوله

الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله اشارة الى ان ثواب الحج للآمر يجعل المأمور ولذلك واما نفس

الحج فيقع عن الآمر او عن المأمور فيذكر بعيد هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره قوله بكبشين املحين يقال

كبش املح فيه ملحة وهي بياض يشقه شعرات سود وهي لون الملح وكلامه واضح وقوله في حالتي الاختيار

والضرورة اي حالة الصحة والمرض لحصول المقصود وهو ايصال النفع الى الفقراء قوله لا يحصل به اي

بفعل النائب وقوله وهي المشقة بتنقيص المال يعني ان المشقة كما يحصل عند فعله بنفسه يحصل ايضا عند

فعل غيره اذا كان بماله والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وما هو كذلك لا يتعين بوقت

معين وكلتا المقدمتين ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت معين وكلتا المقدمتين ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت

معين فان لم يكن العجز دائما وقد احج عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادرا على اصله في وقته وذلك يبطل النيابة

فان قبل القدرة على الاصل يبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول

المشقة بتنقيص المال فالجواب انا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف وانما قلنا بان الحج

مركب من امرين احدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها فعملنا باحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالآخر

عند العجز فجوزناها لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر ان يكون العجز دائما لما مر واعترض بان كونه وظيفة العمر لا

يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فانه شرط بجواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس

وظيفة العمر والجواب ان الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس فكل ما هو وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم

ولا يلزم ان كل ما يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر قوله وفي الحج النفل يجوز الانابة ظاهر المذهب

ان الحج يقع عن المحجوج عنه يعني الآمر وبذلك تشهد الاخبار الواردة في هذا الباب فانه عليه السلام قال للخثعمية

حين قالت ان ابي شيخ كبير لا يستطيع ان يستمسك على الراحلة افيجزيني ان احج عنه حجي عن ابيك واعتمري

وعن محمد هو ان الحج يقع عن الحاج يعني المأمور وللآمر ثواب النفقة وصار انفاق المأمور كانفاق الآمر

بنفسه ولكن يسقط اصل الحج عن الآمر لانه عبادة بدنية تحصل العجز عن فعله وكلما كان كذلك قام الانفاق

فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني فانه لما عجز عن الصوم قام الفدية مقام الصوم فان قيل الفدية ثبتت

على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها فالجواب انه يلحق بها بطريق الدلالة فان الانفاق اذا قام مقام

الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلان يقوم مقام ما هو مركب من البدني والمالي اولى قال شيخ الاسلام والى

القول مال عامة المتأخرين قال وهو من رجلان صورة المسئلة ظاهرة وذهب الشارحون الى ان الدليل

غير مطابق للمدلول لان المدلول قوله وهي اي الحجة عن الحاج ويضمن النفقة والدليل لان الحج يقع عن الآمر

ولا مطابقة بينهما كما ترى ثم قال صاحب الكفاية ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام

ويضمن النفقة لانه خالفهما وانما لا يضمن النفقة اذا وافق امر الآمر لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج

الحاج عن حجة الاسلام وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المأمور فكان هذا التعليل تعليلا

لما اذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المأمور بالآمر وتابعه على ذلك بعض الشارحين لانه قال

ذلك مقصود المصنف لانه قال بعد هذا ويضمن النفقة ان انفق من مالها لانه صرف نفقة الآمر الى حج

نفسه فلو كان مراده كان هذا مستدركا وقال بعضهم ذل فيه اقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف فقالوا

لا مطابقة بين الدليل والمدلول ولا يوافق التعليل المدعى وفعل تقريب الكلام كما نقلنا ثم قال الحق انهم ليس

الامر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع لكان اولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول بان يقال هي

عن الحاج اي الحجة تقع عن الحاج وهما المأمور ويضمن النفقة لكل واحد منهما ان انفق من مالهما لان

الحج المؤدى في هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل ان الحاج لا يخرج من حجة الاسلام ولكن كل واحد من الآمرين

امر بان يخلص له الحج ولم يأمر بالاشتراك فلما نوى عنهما جميعا خالفهما فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة

لوجود المخالفة هذا كلامه ولا ازيد على الحكاية طيبا مما فيه واقول بتوفيق الله تعالى في تقرير كلامه الحج

يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن ههنا ايقاعه عن الآمر لان الآمر

شخصان كل منهما امر ان يخلص الحج له من غير اشتراك وليس احدهما اولى من الآخر فلا يقع منهما ولا عن

احدهما فيقع عن المأمور ولكن في كلامه اغلاق كما لا يخفى وهذا تعليل لقوله وهي عن الحاج واما تعليل قوله

ويضمن النفقة فذكره بعد هذا فان قيل اذا وقع عن الحاج فليجعل عن ابيهما شاء كما اذا اهل عن ابويه

فان له ان يجعل عن ايهما شاء اجاب بقوله ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك اي بعدما وقع لنفسه

وبينه في الكتاب وهو واضح قوله فان ابهم الاحرام ظاهر قوله ان الملتزم هناك مجهول معناه ان

جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين واما جهالة من له الحق فهي مانعة الا ترى ان الاقرار بمجهول لمعلوم

جائز دون عكسه ووجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بدليل صحة تقديمه

على وقت الاداء وهو اشهر الحج فاكتفى به اي بالاحرام المبهم من حيث انه شرط لان الشرط يراعى من وجه

كيف ما كان الا ترى ان رجلا اذا توضأ للتبرد جاز له ان يصلي به وحاصله ان المقصود الاصلي هو اداء

الافعال والتعيين في ابتدائه ممكن لانه يقع على ما عين لا على الابهام بخلاف ما اذا ادى ثم عين فانه يقع

الابهام ابتداء ثم التعيين يرد على ما مضى واضمحل فلا يفيد شيئا قال فان امره غيره ان يقرن عنه

فالدم على من احرم وهو المأمور لانه وجب شكرا لما وفقه

الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل صدرت منه وهذه المسئلة

تشهد لصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المأمور وفيه نظر لجواز ان يكون المأخذ في كون الدم واجبا

على المأمور كونه نسكا كسائر المناسك على المأمور فكذا هذا لا كونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين

النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان كذلك لوجب على الآمر لانه هو المنتفع بنفعة القران

بسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضيلة القران وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه

واذن له بالقران فالدم عليه لما قلنا يعني قوله لانه وجب شكرا الخ وانما قيده بقوله واذن له بالقران لانه

اذا لم يأذنا له بذلك لا يجوز ان يجمع بينهما لاجلهما فلو قرن كان مخالفا واعترض بانه جعل جزاء الشرط قوله

فالدم عليه وهو ليس بمقيد باذنهما فانه لو قرن بغير اذنهما فالدم واجب عليه ايضا وبانه ان خالف عنده

عدم الاولى فخالف الامر حيث جمع بين القران لانه افضل عندنا والمخالف الى خير غير ضامن واجيب بانه اذا امر
بذلك كان مما يوهم انه عنده من حجتين فيكون عليهما بخلاف ما اذا امر بالافراد فانه لا يوهم بقوله وان ادى بالقران دم
القران انما هو بالنسبة الجامع بين النسكين لا الى الآمر ولهذا اذا كان مامورا بالحج وقرن عنه ابو حنيفة رح خالف
ولم يعتبر ذلك ودم الاحصار على الآمر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف على الحاج ووجههما على ما ذكر
في الكتاب واضح واعترض على قوله بان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة بان الآمر اذا امر بالقران فهو الذي
ادخل المامور في عهدة الدم ولا يجب عليه واجيب بان دم القران نسك وقد وقع الامر بالنفقة بمقابلة جميع
ما كان من المناسك وهو من جملتها بخلاف دم الاحصار فانه ليس بنسك ولم يكن معلوما عند الآمر ايضا قوله
لانه صلة الصلة عبارة عن اداء مال لا يكون في مقابلته عوض الى قوله وفيهما يعني النذور والكفارات قوله
لانه وجب حقا للمامور يعني بادخاله الامر في هذه العهدة دينا على الميت والدين يتعلق بجميع المال قوله لانه لا يقع
عن المامور به اي الحج الصحيح وهو المامور به دون الفاسد فاذا افسد لم يقع مامورا به فكان واقعا على المامور
فيضمن بالنفقة على تجهيز الغير ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت لانه لما
خالف في السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا على المامور والحج الذي يأتي به في السنة القابلة قضاء
ذلك الحج فكان واقعا عن المامور ايضا قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار
ومما ذكرنا علم ان الدماء ثلثة انواع دم نسك كالقران والتمتع ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ودم مؤنة
كدم الاحصار قال في المبسوط كل دم يلزم المحجوج يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه اذا كان نسكا فاقامة
المناسك عليه وان كان كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما بترك واجب فهو الذي ترك ما كان واجبا
فلهذا كانت هذه الدماء عليه الا دم الاحصار فانه في مال الآمر في قول ابي حنيفة ومحمد رح وقد ذكرناه قوله
لما قلنا اشارة الى قوله وهو الجاني عن اختيار قال ومن اوصى بان يحج عنه حجة الاسلام رجل له
اربعة الاف درهم اوصى ان يحج عنه فمات وكان مقدار الحج الف درهم فدفعها الوصي الى من يحج عنه فسرقت في
الطريق قال ابو حنيفة رح يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة
اخرى هكذا وقال ابو يوسف رح يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وهي ثلثمائة وثلثون وثلث درهم فان سرقت
ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد رح اذا سرقت الالف التي دفعها اولا بطلت الوصية وان بقي منها شيء
يحج به لا غير لان تعيين الوصي كتعيين الموصي لكونه نائبا عنه ولو افرز الموصي ثم هلكت بطلت الوصية فكذا هنا
ولابي يوسف ان الوصية محل نفاذها الثلث ولابي حنيفة رح ان قسمة الوصي وعزله لا يصح الا بالتسليم الى
الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلكت قبل الافراز
والعزل وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي وكذا في هذا هنا ما يتعلق به تمام الحج وانما ما يتعلق بالحج عنه من المكان فعلى
الاختلاف المذكور في الكتاب وهو ايضا واضح واعترض بان الحديث الذي استدل به لابي حنيفة ظاهره
متروك لانه يقتضي ان يكون غير هذه الثلثة من الاعمال منقطعا وليس كذلك لانه يثاب عليها وما هو كذلك
لا يكون منقطعا واجيب بان الاعمال كلها على ثلثة انواع اعمال اعطاها قضت واعمال لم يشرع فيها فهي بعد
معدومة واعمال شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان بالانقطاع اما الاول فلان الماضي لا يحتمل الانقطاع
لكن يحتمل البطلان بالحبط نعوذ بالله من ذلك وكذلك الثاني لانه غير موجود وهذا لانه لا انقطاع فيه

عن تفرق اجزائه والماضي بجميع اجزائه لا يتصور به ذلك وكذلك الذي لم يوجد بجميع اجزائه فبقي الذي
شرع فيه ولم يتمه واما جواب ابي حنيفة رح عما استدلا به من الكتاب والسنة فهو انه لا يعارض موجب الكتاب
وموجب الخبر لان الكتاب مسوق لحكم الآخرة والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له
ثوابه من حيث حكم الآخرة كما اذا نوى الصوم في رمضان وصامه الى نصف النهار ومات وجب عليه الايصاء
بفدية صوم هذا اليوم كاملا من حيث حكم الدنيا وان كان هو مثابا في الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم فكذلك
اذا ادركه الموت في خلال الصلوة وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه وكذا الجواب عن الحديث الذي رواه فانه
في انها يتم تاخير تعليلهما عن تعليل ابي حنيفة رح يحتمل ان يكون لكون قولهما مختار المص لما ان قولهما استحسان
وقول ابي حنيفة قياس والماخوذ في عامة الفتوى حكم الاستحسان قوله على ما قررناه من قبل يريد به قوله
لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما

باب الهدي

لما ذكر وفود لفظ
الهدي فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء ومؤنة احتاج الى بيان الهدي وما يتعلق به من المسائل ولما
لم يخل وجوبه عن احد هذه الاشياء اخر ذكره عن ذكر هذه الاشياء وكلامه واضح قوله وقد بينا الجمع
فيما سبق يريد به قوله بعد ذكر رواية ابن عباس ولان الجناية اغلظ من الحدث قوله ولانه اعلى انواع
الارتفاقات فيتغلظ موجبه قوله ويجوز الاكل من هدي التطوع يعني للمهدي والاغنياء اذا ذبح
في محله على ما نذكره واما الفقراء فيجوز لهم الاكل من جميع الهدايا قوله حسا من المرقة اي شرب قوله
ويستحب له ان ياكل منها لما لم يكن الجواز مستلزما للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ولو ذكره ابتداء
لما استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب اياه قوله لما بينا اشارة الى قوله انه عليه السلام اكل
من لحم هديه وما سوى الثلثة الهدايا فيه منها للترجيع الى الهدي المتعة والقران والتطوع وكذا استحباب التصدق ظاهر
وقوله عليه السلام لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا انما نهاهم عن الاكل لانهم كانوا اغنياء قوله ولا يجوز ذبح
التطوع ظاهر ووجه الاستدلال بقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم ان الله
تعالى عطف قضاء التفث على الاكل من بهيمة الانعام التي تذبح وقضاء التفث يختص بيوم النحر فيكون النحر
كذلك واعترض بان ثم للتراخي فربما يكون الذبح قبل يوم التروية وقضاء التفث فيه واجيب بان موجب
ثم في التراخي يتحقق بالتاخير ساعة فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك
قوله ولانه دم نسك اي كل واحد منهما دم نسك ولهذا حل له التناول منه فيختص بالحرم كالاضحية قوله
ويجوز ذبح بقية الهدايا ظاهر والفجاج جمع الفج وهو الطريق الواسع بين الجبلين قوله ويجوز ان يتصدق
بها على مساكين الحرم وغيرهم يعني بعدما ذبحها في الحرم قوله ولا يجب التعريف بالهدايا اي الاتيان بها
عرفات قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان
به قوله والافضل في البدن النحر ظاهر قوله قيل في تاويله الجزور يعني نحر الجزور وكلامه في الباقي
قوله قياما وسنين السيف بالتشديد كلا بين عقدين وقد تخفف وعن البزدوي من واصل الى الثلث والنضح
الرش والبل ومنه نضح منها بكسر الضاد قوله ومن ساق هديا فعطب ظاهر واعترض بانه لم لا يكون كالاضحية
للفقير فانه عينه تطوع ومع ذلك وجب عليه اعادته اي ضلت الشاة المشتراة للاضحية او اشترى بها
ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحهما واجيب بان ذلك فيما اوجب الفقير بلسانه على نفسه في كل واحد من الشاتين

بعد ما اشتراها للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شيء بمجرد الشراء للاضحية قال في فتاوى قاضي خان لو اشترى الفقير شاة للاضحية فماتت او باعها لا يلزمه اخرى وكذا لو ضلت والغيبا الكثير هو ان يذهب عن ثلث الاذن عند ابي حنيفة رح وعندهما هو ان يذهب اكثر من نصفها العطب بفتحتين الهلاك ومعنى عطبت البدنة قربت الى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا دفع لكرارها قال اولا ومن ساق بدنة فعطبت لان ذلك في حقيقة العطب وهذا في الاشراف عليه والجزر بفتحتين اللحم الذي يأكله السباع قوله على ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا مسائل منثورة من عادة المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السالفة في فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويترجموا عنه بمسائل منثورة او مسائل متفرقة او مسائل شتى او مسائل لم يدخل في الابواب وصورة المسئلة ان يشهد قوم انهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة كان اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر وكلامه واضح لا يقبل الشرح قوله وكذا اذا شهدوا عرفة صورته ان الشهود شهدوا في الطريق قبل ان يأتوا عرفات عشية عرفة فقالوا انا رأينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع اكثر الناس لا يسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صاروا كانهم شهدوا بعد الوقت فلا يسمع وان كان يلحق الوقوف مع اكثر الناس ولا يلحق الضعفة فان وقف جاز والا فات الحج لانه ترك الوقوف مع العلم والقدرة عليه لان المعتبر قدرة الاكثر دون الاقل ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جاء يعيد الرمي في يومه فان اقتصر على رمي التي تركها اجزاه لانه اتى باصل الرمي في وقته وانما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيئا وان اعاد الجمار الثلث فحسن لما فيه من مراعاة سنة الترتيب وهذا نظير ما سبق ان الطائف اذا دخل الحطيم في طوافه لا يعتد بذلك فان اعاد على الحطيم وحده اجزاه وان اعاد الطواف كله كان حسنا وقال الشافعي رح لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف او ادا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينها فصار كترك الترتيب فيها كتقديم السعي على الطواف او الابتداء بالمروة قبل الصفا بخلاف الصلوات فان كل واحد منها قربة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها لتعلق كل منها بنفسه على حدة والبعض في باب الحج اصل فكان ما شرع فيه اصلا فلا يتعلق جواز البعض ببعض الا ترى انه لو اعاد مرتبا كان مؤديا بالاداء بخلاف الصلوات فان النص فيها ناطق بان من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز وقوله لانه دونه اي لان السعي دون الطواف يعني احط منزلة من الطواف لان الطواف فرض كطواف الزيارة او من جنس الفرض كطواف القدوم واما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح ان يكون تابعا للطواف فرض كطواف الزيارة او من جنس الفرض كطواف القدوم واما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح ان يكون تابعا للطواف قوله والمروة عرفت منتهى السعي بالنص وهو قوله عليه السلام ابدأوا بما بدأ الله بذكره اراد به قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فلا يتعلق بها البداءة قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا اي ومن نذر ان يحج ماشيا وجب عليه ان لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح وخير في الاصل يعني المبسوط بين الركوب والمشي بعد النذر لان الحج

ماشيا يكره وما كان افضل لكن ورد فيه النص على ما نذكره فكان مخيرا قوله وهذه اشارة الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير يقتضي ترك الركوب على سبيل الوجوب لانه اخرجه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع وهو الاصل اي الموافق للقواعد لان من اوجب على نفسه شيئا على وجه الكمال لا يتأدى ناقصا والمشي في الحج صفة كمال قال عليه السلام من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال كل حسنة بسبعمائة وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال بعد ما كف بصره ما تأسفت على شيء كتأسفي على اني لم احج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال يأتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار كما اذا نذر بالصوم متتابعا لا يتأدى متفرقا واعترض بوجهين احدهما ان النذر لا يصح الا بما له نظير في المشروعات المفروضة او الواجبة وليس للمشي نظير والثاني ان ابا حنيفة رح كره المشي في طريق الحج فما وجه ما ذكره في الكتاب فانه يناقض ذلك واجيب عن الاول بان له اصلا وهو ان المكي الفقير اذا لم يملك الزاد والراحلة وامكنه المشي الى عرفات وجب عليه الحج ماشيا وعن الثاني بان ابا حنيفة انما كره المشي مطلقا وانما كره الجمع بين الصوم والمشي لانه اذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهي عنه قوله والمراد بالحج يعني بطواف الزيارة يريد بالافعال الاركان لا مطلق الافعال فان رمي الجمار وغيره من افعاله قوله ثم قيل يعني ان محمدا لم يذكر في شيء من الكتب من اي موضع يبدأ واختلف المشايخ فيه فقيل يبتدئ من حيث يحرم وعليه الامام فخر الاسلام والامام العتابي وغيرهما وقيل من بيته وعليه شمس الائمة السرخسي ومال اليه المصنف وقال لان الظاهر انه هو المراد يعني انه هو المتعارف والعرف معتبر في النذر فاذا ثبت انه واجب فلو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه يدل على ذلك ما روي عن عقبة بن عامر الجهني انه جاء الى رسول الله عليه السلام وقال ان اختي نذرت ان تحج ماشية حافية فقال صلى الله عليه وسلم ان الله لغني عن تعذيب اختك فلتركب ولتهد شاة وفي بعض الروايات ولتريق دما قوله قالوا يعني المشايخ كانه بيان التوفيق بين روايتي الاصل ورواية الجامع الصغير وعن الامام فخر الاسلام عن الفقيه ابي جعفر انه انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واما اذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب قوله ومن باع جارية محرمة قوله وقد كان للبائع يعني على ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان المولى اذا اذن للعبد في الحج فليس له ان يحلله لانه اسقط حقه بالاذن فصار العبد كالحر وكذا ان المشتري له ان يحلله لان الاحرام لم يقع باذنه قوله بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع فسخه جواب عن قياس زفر فانه لم يكن له ان يفسخه اذا كان باذنه لان النكاح حق الزوج وقد تعلق حقه باذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه وان بقي ملكه لتعلق حق العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن به باذنه والمشتري قام مقام البائع بعد الشراء فلذلك لا يكون له حق الفسخ ايضا واما ههنا فقد اجتمع في الجارية حقان حق الله في الاحرام وحق المشتري في الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله لغناه قوله وذكر في بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير او يجامعها يعني قال فللمشتري ان يحللها او يجامعها وباقي كلامه ظاهر وهذا آخر العبادات

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من احكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع واما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة واما دواعي العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه

ولا يخرجه وما فوائده غالبا الابتغاء النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعوا الى تحقيق ما هو من قضايا
الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا زجر فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليه
بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطي ثم قيل للتزوج نكاح مجاز لانه سبب له وقيل هو
مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وشرطه
الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد
وشرط العام الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهي امرأة لم يمنع عن نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول
كما في سائر العقود والايجاب هو المتلفظ به اولا من اي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل لكل منهما وثبوت
المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وهو
لا يتم الا بالنكاح وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال سنة وفي حالة خوف الجور مكروه
قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرت معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سبق
قوله يعبر بهما اي يلفظ ويبين لان التعبير البيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون اي تبينون
وانما اختير لفظ الماضي للانشاء وهو الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه او لا تطابقه لدلالته على
التحقيق والثبوت وكان ادل على قضاء الحاجة قوله على ما بينته يعني في اول فصل الوكالة في النكاح قوله
وينعقد بلفظ النكاح بيان الفاظ ينعقد بها النكاح وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظة النكاح والتزويج
لانه ان انعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد به من حيث انه حقيقة او من حيث انه مجاز لا سبيل
الى الاول لانه لو كان حقيقة لكان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح
ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج للتلفيق يقال لفقت بين ثوبين ولفقت احدهما بالآخر
اذا لأمت بينهما بالخياطة والنكاح الضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولانا
وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها يعني ان تمليك الرقبة سبب لملك المتعة
اذا صادف محل المتعة لافضائه اليه وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز فيفيد بقوله
في محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست بمحل لملك
المتعة فاعترض بان ملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح به واجيب
بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطي لا محالة بل من حيث ابطال الغرض بالكلية لها في مواجب النكاح
من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وح لا منافاة بين ما يثبته وينفيه لا
قوله وينعقد بلفظ البيع بيانه ان تقول المرأة بعتك نفسي او قال ابوها بعتك ابنتي وكذا بلفظ الشرى بان
قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم اشار اليه محمد في كتاب الحدود قوله هو الصحيح احترازا عن قول
ابي بكر الاعمش انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح وجود
طريق المجاز قوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي انه ينعقد بها لان المستوفى
بالنكاح منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سماه الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فآتوهن اجورهن
وذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد شرعا الا موقتة والنكاح لا ينعقد
الا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا يجوز الاستعارة وقال المص ولانه ليس بسبب لملك المتعة لعدم

اضافتها اليه

اضافتها اليه ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا يعني قوله ليست لملك المتعة وذلك لان لفظة
الاباحة والاحلال لا توجب ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك المبيح و
بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لانه
ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور حرين
عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول اما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام
لا نكاح الا بشهود واعترض بانه خبر الواحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيرها
من الآيات به واجاب الامام فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به
على كتاب الله وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان
والمجانين صح ولو امر الشاهدين ان لا يظهرا العقد لم يصح لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف
والجواب ان الاعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له
لعدم الولاية والشهادة من باب الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج
اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد كما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبيد
اذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحال واجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا وانما
المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اشتراط العقل والبلوغ
لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المص لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعني انه من باب الولاية
ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مر انه ليس المراد به الاداء حتى يكون شرطا والجواب انا قد ذكرنا ان
الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت تعظيما ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الكفار ولا يشترط وصف الذكورة
حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعي وقد وعد المص بيان ذلك في الشهادات ونحن تابعناه
في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي هو يقول الشهادة من الكرامة لانه في اعتبار قوله
في نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة والفاسق من اهل الاهانة لجريمته وبدليل لم يقبل والفاسق ليس
من اهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام و
الاهانة وقلنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لان له ان يزوج نفسه وعبده وامته ويقر بما يتعلق بنفسه
من القتل وغيره وكل ما هو من اهل الولاية فهو من اهل الشهادة لان الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على
ولا تتقاصر ولا نسلم ان من كان من اهل الولاية كان من اهل الشهادة لانها متعدية الى غيره اجاب بقوله وهذا لانه
الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية معنى لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لم يحرم على غيره لانه
من جنسه كما ان اهل الذمة لهم ولاية على انفسهم فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء
على ان الفاسق لا يخرج المرء من اهلية الشهادة على الاداء وقيل الاداء فلان لا يخرج عنها على الانعقاد اولى
الزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين قل ما يخلو واحد منهم
عن فسق فيصلح مقلدا اي قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه
يفهم منه ان يكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضاء وقد ذكرنا في كتاب ادب القاضي ان اهلية القضاء مستفاد
من اهلية الشهادة ولو قال بالواو وكان احسن لا يقال يجوز ان يكون مرتبا على مقلد بكسر اللام لان اهلية المقلد

ليست بمستفادة من اهلية الشهادة لان حكمه كذلك والجواب ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع
عن ولاية هي اعم ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عام الضرر وخاصه اولى والترتيب على هذا الوجه غير خاف في الصحة
ولو قال الفاسق من اهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكانت الولاية
قاصرة لكان اسهل تاتيا وينعقد بحضور المحدودين في القذف لانه من اهل الولاية على ما مر فيكون من اهل الشهادة
تحملا لا اداء فان قلت النكتة المذكورة في الفاسق اولا يقتضي ان يكون للمحدود في القذف شهادة منفية
فلم يكن فكانت منفية قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله وانما الغائب ثمرة الاداء بالنهي
لجريمته ولا يبالي بفوات كاف شهادة العميان معدودة عن عدم قبول شهادة المحدود في قذف بعدما كان من اهل
الولاية كالفاسق ويجوز ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق الذي ذكرته في الفاسق اسهل
ماخذا قال واذا تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد
وزفر رح لا يجوز لان السماع اي سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول في النكاح شهادة ولهذا
لا ينعقد من الشهادة على النكاح الا بذلك ولا شهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق فكانهما لم يسمعا كلام
الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك [illegible] الشهادة في النكاح
شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها وكلما شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها فالشهادة في النكاح شهادة
عليها وبين المقدمة الاولى بقوله لوروده على محل ذي خطر وتقريره ان الشهادة في النكاح حال الانعقاد
اما ان يكون لاثبات ملك المتعة عليها ابانة لخطر المحل او لاثبات ملك المهر عليه والثاني منتف لان المهر مال ولا
يجب الاشهاد على لزوم المال اصلا واما المقدمة الثانية فلانا قد علمنا بالاستقراء انه لا شيء يشترط في اثبات
ملك المتعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة
عليها وشهادة اهل الذمة على الذمية جائزة وقوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر رحمهما الله وتقريره
الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد ومن
امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة رجل واحد فلا يخلو اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا
فان كان حاضرا جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل شاهدا لان المجلس متحد فجاز ان
يكون العقد الواقع من المامور حقيقة كالواقع من الامر حكما لكون الوكيل في باب النكاح سفيرا ومعبرا وان
كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا مع عدم حضوره في مجلس المباشرة وقال
في النهاية هذا التكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة
الى نقل المباشرة من المامور الى الامر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة الاخيرة وهي اذا زوج الاب ابنته البالغة
بحضرة شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها وان
كانت غائبة لم يجز لان الشيء انما يقدر ان لو تصور تحقيقا واقول اي انه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج
الى ذلك التكلف وذلك لان الاب ان كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امر به لان الوكيل
سفير ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة ايضا صار
هو المزوج من كل وجه فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وكل
رجلا ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فانه لا يجوز مع امكان جعل العبد مباشرا

للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد بحضرة العبد مع رجل آخر فانه يجوز واجيب
بان العبد لم يكن موكلا حتى ينتقل ما باشره الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على حاله فلم يجز بخلاف ما اذا باشر المولى
بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح على حاله بحضرة شاهدين
لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف ينتقل مباشرته اليه لان العقد لما كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد
غائبا لعدم امكان مباشرته لما ذكرنا ان الشيء انما يقدر ان لو تصور تحقيقا

فصل في المحرمات

لما كانت محرمات آدم من اخرجها الله عز وجل عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني آدم احتاج الى ذكرها في فصل على حدة
واسبابها [illegible] تتنوع الى تسعة انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الامة وقيام
حق الغير بنكاح او عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلث وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل للرجل
ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم ودلالته على حرمة الام ظاهرة
واما على حرمة الجدات فباعتبار ان الام في اللغة هي الاصل يقال لمكة ام القرى فيكون دلالتها عليها باعتبار معنى
بينهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز او ثبت حرمتهن بالاجماع وهذا المسلكان يسلكان هنا في كل
ما فيه معنى الفرعية ايضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمات
والخالات متفرقة كانت او غيرها يتناولها النص بحكم عموم الاسم هذا ما يتعلق بالقرابة ويحرم ام امرأته سواء كانت
مدخولا بها او لم يكن لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ويحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد
الدخول بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وليس كونها في الحجر شرطا فان النص به [illegible] ذكره
في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة فان العادة ان يكون البنات في حجر زوج امها غالبا
اي في تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ولم يشترط
نفي الدخول مع نفي الحجر حيث قيل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم يقل ولسن في حجوركم فان الاباحة يتعلق بضد ما
يتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان يكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم ينتفي الحرمة
بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على ان الحرمة
غير متعلقة بالحجر واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا او نفي العلة مطلقا لا نفي احدهما
والسكوت عن الآخر لا يقال لا يجري حكم الربوا او هو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لانه لم يوجد
القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس او يقال لم يوجد علة الربوا وليس بقوي ويحرم امرأة ابيه واجداده
لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد
بالاب الاصل فيتناول الآباء والاجداد كما يتناول الام الجدات واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان
هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الاولى ويحرم امرأة ابنه
نسبا ورضاعا وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فحليلة الابن وهي زوجته حرام على
الاب سواء دخل بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول واما حليلة ابن الابن فباعتبار ان
المراد بالابن هو الفرع فكانه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه او بالاجماع
فان قيل قوله تعالى من اصلابكم ينفي ذلك اجاب بان ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة
الابن من الرضاعة والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقصته ان رسول الله صلعم

بنتي زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبني
بقوله ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بقوله وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة ويحرم ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله
تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هذا ما يتعلق
بالرضاع ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح او بملك يمين ليطاهما لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين نكاحا
الاطلاق وسرى حكمها الى كل امراتين لو فرضت احديهما ذكرا حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان
في النسب او الرضاع ومن له امة فتزوج اختها جاز سواء كان وطي الامة او لم يطاها لانه صدر من اهله
وهو واضيف مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطيها من باب الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الاخت ثم ان كان
وطي الامة لا يطاها بعد ذلك وان لم يطا المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة حكما فوطي الامة يكون جمعا
بين الاختين بوطي احديهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لو كان قائما مقام الوطي حتى يصير
المنكوحة موطوءة حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا كما قال به مالك واجيب بان
نفس النكاح ليس بوطي حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطئا بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطي فلا يكون وطي
الامة مانعا عن النكاح ولا يطا المنكوحة ايضا للجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب
كالبيع والتزويج لان ذلك الوطي قائم حكما حتى لو اراد ان يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما
وطئا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطي لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما الاخرى
انه يحل له وطيها ان يفسد ما فيه ان يطا المنكوحة لعدم الجمع وان لم يكن وطي المملوكة جاز له ان يطا
المنكوحة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما وقوله فان تزوج اختين في عقدين ولا يدري
ايتهما اولى لانه لو علم بذلك بطل نكاح الثانية قوله لان نكاح احديهما باطل بيقين يعني من كانت اخرى في
الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ يعني الى تنفيذ احديهما بغير عينها لعدم
الفائدة وهي حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة او الضرر يعني من حقهما لان كلا منهما تبقى معلقة
لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا كان لرجل اربع نسوة فطلق
واحدة منهن بعينها فنسيها فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق واجيب بان الفارق بكن الزوج ثم تزوج خمس
ثلث منهن باعيانها لان نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شيء من نكاحهما
كذلك فلا يمكن من دعوى النكاح في احديهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما قوله ولهما نصف المهر يعني بينهما
نصفان لانه وجب للاولى منهما انما اذ وجب فلانه الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل وذلك
يوجب المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى ونقرير كلامه المهر للاولى منهما لما قلنا
وليس احديهما بكونها اولى اولى للجهل بالاولوية وفي بعض النسخ بالاولوية فينصرف اليهما قوله وقيل لا بد
من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى واما اذا
قالتا لا ندري اي النكاحين كان اول لا يقضى لهما بشيء حتى يصطلحا لان الحق المجهول فلا بد من الدعوى او
الاصطلاح ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان يقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح
على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي قال ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اختها او ابنة اخيها ولا يجمع بين

المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا
على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس وجابر كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه
علي وابو هريرة وابن عمر وابو سعيد وعبد الله ابن عمرو وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى الاشعري
وسمرة بن جندب وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل بانه من قبيل الحكم واحد بصيغتين
مختلفتين في موضعين فان المراد من قوله لا تنكح المراة على عمتها هو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين
المراة وبين عمتها وهو عين الجمع بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين المراة وخالتها هو عين الجمع بينها
وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة السرخسي قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم
او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ
يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي صلى الله عليه وسلم
ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال ولقائل ان يقول في عبارة المص نوع تسامح لانه قال وهو
مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين
وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث يخصصه سلمنا جواز الاطلاق
على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا اولا وليست بمعلومة ويمكن ان يجاب
عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم
مجاز شايع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما اذا تطرق اليها الاحتمال النسخ
من قبل فان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات نسخ عموم قوله واحل لكم ما وراء ذلكم فبقي متوجها كيلا يكون نسخ
جاز ان ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرنا ولا باس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المدفع
الحذاق المتفنن ان كانت القواعد الاصولية على ذكر منك قوله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احديهما
رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لان الجمع بين المراة وعمتها
محرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه ولا عليك ان تجعله ثابتا بدلالة قوله
وان تجمعوا بين الاختين كما قدمته وهو اولى قوله ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر قوله
لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قوله ولا باس بان يجمع بين امراة
وابنة زوج كان لها من قبل قال زفر لا يجوز وهو مذهب ابن ابي ليلى قوله قالوا ان يصورو ذلك من كل جانب يعني كما
في الاختين كذلك لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه يجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل وقد تزوج
عبد الله بن جعفر جمع بين امراة علي وبنته وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع قال ومن زنى بامراة حرمت
عليه امها وابنتها لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة اولا وذكر
الخلاف قال الشافعي هو الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو
نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه ولنا ان الوطي سبب الجزئية وتقريره
الولد جزء من كل واحد منهما والاستمتاع بالجزء حرام الا ان الولد جزء منهما فلان سبب الجزئية موجود
وهو الوطي فانه سبب الجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف
الى كل واحد منهما كملا ويقال ابن فلان وابن فلانة فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه ويصير اصوله

ودوم كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الجزئية في نفس المرأة الموطوءة لانها جزء الواطي ايضا
يقول ولا استمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت ولد
وباب النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للنسل الذي لا يحصل الا بالولادة فلو كان ما وضع للولادة ينتفي بها وذلك
خلف باطل فاما قلنا ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته وهن الاصل
حرمة الجزء واستثناء موضع الضرورة وهي المرأة قوله والوطي محرم من حيث انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة
المصاهرة نعمة فلا ينال بالمحظور وبيانه ان الوطي ليس سبب الحرمة من حيث ذاته حتى يعتبر المناسبة بينه وبين الحكم
بالمس وعينه ولا من حيث انه زنى وانما هو سبب لها من حيث انه سبب الولد
اتيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا يقال الولد
عصيان او عدوان والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم قوله اللمس
ومن مسته امرأة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطي في اثبات الحرمة كالوطي في اثباتها قال الفقيه ابو
الليث تاويل المسألة اذا صدق الرجل المرأة انها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في اكبر رأيه انها فعلت ذلك عن
شهوة ينبغي ان لا يحرم عليه امها وبنتها فان قيل ذكر في مسألة الدواعي بكرا ولان نفس الوطي الحرام اذا لم يوجب
الحرمة عندنا فهي فلان لا يوجبها دواعيه اولى اجيب بانها كانت بكرا اذ لو كانت مصونة في الحلال
فقط وليس كذلك بل هي في الحلال مثل ان مست امرئ ولا نسلم كذلك فيما لم يميز بين الحلال والحرام في ثبوت
وجوب الحرمة وانه في شمول العدم كما في الحلال ما ذكر في الكتاب ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول
ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول
لان الملحق لا بد وان يكون في معنى الملحق به وقلنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي والسبب الداعي
الى الشيء يقام مقامه في موضع الاحتياط وهنا لانا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الابضاع
الا ترى انه اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من الولاد
ومنع وضع الزكوة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام
ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب مقام الوطي ونقض بما ذكرتم ان كان
صحيحا فانه النظر الى جمال المرأة مقام الوطي في ثبوت الشهوة لكونه سببا داعيا اليه والجواب ان النظر الى
الفرج المحرم وهو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهي لا يحل الا في الملك والنكاح من ذلك
انها لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فالنظر بعد هذا في ان النظر الى الجمال الحلال في الملك
حلالا وملك لا يكون في كونه داعيا الى الوطي دعوى النظر ذلك اليه او الا لا ازالة فلا بد [illegible] الا مكذبا وحرم
المس بشهوة بان ينتشر الآلة يعني اذا لم يكن منتشرا قبل النظر والمس ويزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل
ذلك قوله هو الصحيح احترز عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار
وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها واختار المصنف قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام
قال في النهاية هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء
ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا اوسط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا
يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته

حتى لم تتحرك عضو بالملامسة وهو اقرب الى الفقه قوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولو مس فانزل فقد قيل يوجب
الحرمة وكان يفتي شمس الائمة الاوزجندي ووجهه ان بمجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فضم الزيادة اليه
لا يوجب زيادة حرمة لا يوجب خلافها والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي
والامام فخر الاسلام وقد نص محمد في باب اتيان المرأة في غيرها انها من الزيادات ان الجماع في الدبر لا يوجب
حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما بينا ان الدواعي المس الا انه الى غير محل
الوطي والمس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء
المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم يثبت لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة
يثبت بالمس ثم بالانزال سقط لما بينا من الحرمة ان حرمة المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط ابدا واذا طلق امرأته
طلاقا بائنا او رجعيا اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي
عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن كالطلاق على مال او ثلث جاز لانقطاع النكاح بالكلية
لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا يتخذ الاعداد واعمال القاطع الكامل
يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدره دليله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا انا لا نسلم انقطاع
النكاح بالكلية فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة
المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت النسب منه فان هذه كذلك ما دامت في العدة لا نزاع في بقاء هذه الاحكام
سوى النفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل
واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت
في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام قوله والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم
بالحرمة يجب الحد ووجهه انا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة عن طلاق ثلث جاءت
بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره فقوله لا يثبت نسبه منه اذا
انكره دليل على انه لو ادعى يثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطي في العدة عن طلاق ثلث لا يكون زنا اذ لو
كانت زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولكن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي قال
ان من طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار ان الملك في حق
الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطي في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد
اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه
في حق التزوج بالاخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الاختين قال ولا يتزوج المولى
امته ولا المرأة عبدها ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها خلافا فان النكاح القياس استدلوا بقوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء قوله مما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولنا ان النكاح ما شرع
الا لثمرات مشتركة بين المتناكحين يعني انه كما يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي المالكية للزوج
عليها كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب عليها
لها عليه حق يقتضي المالكية للزوجة عليه كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج النفقة
والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع من العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان النكاح

مشروعا لا يجامع بين الحرمات المشتركة بينهما فكان لكل واحد منهما الحكم ونفي الملكية وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية
والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما واعترض بانهما من جهتين مختلفتين ولا تنافي مع
اختلاف الجهة بان كون المرأة مالكة لجميع اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما هو بالنسبة الى العبد
من مختلف الجهة وللقائل ان يقول المرأة بجميع اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز ان يملك
العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح يعقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا
للمرأة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزاؤها فاختلفت الجهة وانتفى التنافي فالجواب انا لا نسلم انها
لم تملك منافع بضعه فانها تقدر على التلذذ بالاعضاء والجس من غير ان يحرجها فكان العبد مملوكا من حيث فرضيته
بالكل فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الآية فبانها تعارضها قوله تعالى وانكحوا
الايامى منكم والصالحين من عبادكم واماءكم خاطب الله تعالى الموالي بانكاح الاماء والعبيد بانكاحهن فان قيل الآية ساكتة
عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع بيان ما يحتاج اليه من احكام النكاح والسكوت في
البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
المحصنة اي العفائف فخرج بذلك احترازا عن قول ابن عمر فانه خص بالمسلمات وليست العفة شرطا لجواز النكاح
وانما ذكرها بناء على العادة بدلالة الزمن وهي بالاسناد لان الله تعالى قال اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي احل لكم المحصنات
من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب لا خفاء في دلالته على الحل ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة
على ما نبين بعد يعني بعد اسطر حيث قال يجوز تزويج الامة ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم
سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن
ابن عوف غير ناكحي نسائهم ولا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي
من يعبد الصنم وغيره واعترض بان اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت
النصارى المسيح ابن الله الى قوله تعالى سبحانه وتعالى عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك
يقع على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وتعيين المخصص
جوابه مستدلا بقوله والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب
في قوله لتسمعن من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفي قوله لم يكن الذين كفروا من اهل
الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك
لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر
المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم ذلك اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية
فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونهم تعظيم الارباب فان قيل فما تقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنه
لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات باللاتي اسلمن من اهل الكتاب قلنا لسنا ناخذ به لان الآية اذن تكون خالية عن الفائدة
فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذا عن كعب
ابن مالك رضي الله عنه قال ويجوز تزويج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي الصابئون من صبا اذا خرج
من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب

والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين قوله والخلاف المنقول فيه يعني من ابي حنيفة وصاحبيه
ان الحكم صحيح عنده خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم وكل اجاب بما وقع عنده ووقع عند ابي حنيفة انهم من
اهل الكتاب يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليه ووقع عندهما
انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذن لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا
كما قال ابو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا ويحكم في جميعهم
على هذا ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز تزويج المحرم ووليه على هذا الخلاف
له ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب
ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عم تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى الترمذي حديث ابن
عباس حسن صحيح فان قلت النكاح ثابت بحرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم قياسا على الوطئ
اذا كان الحديثان متعارضين قلت ما رواه محمول على الوطئ ولا يمكن المرأة ان يطأها كما هو فعل البعض
فكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي
لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق اذ الولد
يتبع الام في الرق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية
ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه اي من تزوج الامة لاندفاع الضرورة بالقدرة
على تزويج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة مطلق مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضي وهو قوله تعالى
فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع الذي ادعاه وهو تعريض الجزء
على الرق لانه اي منع الاقدام على نكاح الامة امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا تعريضه لانه لم يوجد بعد
وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا
لان له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضى المرأة وبتزوج العجوز والعقيم فلان يكون له ان يحصل وصف الحرية
بتزوج الامة اولى ولا يتزوج امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال الشافعي يجوز ذلك للعبد
وقال مالك يجوز برضى الحرة وجه قول الشافعي ان تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو
تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه وجه قول مالك
ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكر محمد بن الحسن في المبسوط بلغنا عن رسول الله
انه قال لا ينكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الرأي في مقابلة النص غير معتبر فان قلت جوزتم
نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضي على ما تقرر فلا تجوزون نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا
هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضي موجودا لكن المانع فيه متحقق وهو الذي اشار
اليه المص بقوله ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد
دون حالة الانضمام ولا علينا ان نقرره ههنا وتقريره ان الحل الذي ينبني عليه عقد النكاح نعمة في جانب
الرجال والنساء جميعا فكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فكذلك
يتنصف برق المرأة لان الرق هو المنصف وهو يشملهما ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان
العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك تقسم الاحوال الى ثلث حال ما قبل

نكاح الحرة وحال البقاء وحال المقارنة ولكن الحالة الى امره لا يحمل التزوج فيغلب الحرمة على الحل فيحمل محللا بالنية على
الحرة ومحرمة منضمة بالحرة او متاخرة عنها وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع
عن العمل بالطلاق المقتضي فتامل فانه غريب ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح على الامة ولانها من
المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها فجاز العمل بالطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان تزوج
امة على حرة في عدة من طلاق باين او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما ووجه الجانبين على ما ذكره
في الكتاب ظاهر ولا يتعلق بها ما ذكره من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امراة في عدة اختها من طلاق باين
فانهما لم يجوزاه كابي حنيفة وقالوا في الفرق فيها ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا
بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هنا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحها
ولكنه باعتبار ادخال النقصان على الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل ان يقول نكاح
الاولى قائم ما دامت في العدة او لا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك
المسئلة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا آخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره قال
وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاماء وللعبد ان يتزوج اربعا من الحراير والاماء اي منهما اذا تقدم الامة
على الحرة ولا يجوز اكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع نص على العدد
والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف
للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فيثبت الزيادة بقوله
واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه عدد ولكن لا نسلم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لان قوله عليه السلام انما
يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه عليه السلام
نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول انه يجب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثاني
بان معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الانسان لان هذا الحديث خرج جوابا لسوال من سال
عن النخامة وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمنا لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لان الواو للجمع
اجيب بان هذا الوهم هو الذي اوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين افضل الموجودات مع اختصاصه
بذلك بفضيلة النبوة او ازديادهم عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر
نظرا الى معنى المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه الاعداد
قال الفراء لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام الجيد منزه
عن ذلك وقد صح ان رسول الله صلعم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين اسلم
وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في غير النبي عليه السلام ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين اكثر من اربع
نسوة نكاحا وقال الشافعي رح لا يتزوج الا امة واحدة لانه اي نكاح الامة ضروري في حق الحر عنده
كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما تلونا يعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء
فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان آيته مذكورة بلفظ النساء وتناول الامة المنكوحة
ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر حتى انه يملك اصل
النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا قال جاز له ان يتزوج بغير

اذن مولاه

اذن مولاه كما ان له ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق منصف على ما يجيء في الطلاق كما في عدد [illegible] فيتزوج
العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وبملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة
فانها تملك طلب القسم وينتصف قسمها قوله فان طلق الحر احدى الاربع قال فان تزوج حبلى من الزنا جاز
اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب او لا فان كان الاول فالنكاح باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني
قال ابو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وقال ابو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع
في الاصل اي في الحمل الثابت النسب انما كان لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه والحاصل
انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بجامع حرمة الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء
ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت بان الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص قلت لكان قوله تعالى
ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد
عليها اجاب بقوله وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة الوطي انما هي لمحل الزوال لا يستلزم
فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس قوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف
وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني وقوله فان تزوج حاملا
من السبي صورته ان يسبي الحربية حاملا فيبيعها الثاني او يزوجها لا يجوز ما لم تضع حملها لان النسب من زوجها
ثابت فكان الماء محترما واجبا صيانته وكذلك حكم المهاجرة قوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح
باطل لانها فراش لمولاها لو جاءت بولد وهي صحيحة لمدة متعينة لثبوت نسب الولد منها وكل من كانت
فراشا لشخص لا يجوز نكاحها كيلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه سبب الحرمة في المحصنات من النساء فان
قلت لو كانت فراشا لبطل نكاحها حاملا كان او لا ايضا اجاب بقوله الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير
لعان فوجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال لجارية ولدت ثلثة اولاد
في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله يجوز
النكاح كما تقدم اجيب بان هذه دلالة والدلالة انما يعمل اذا لم يعمل اقوى منها لانها صريح والصريح هنا موجود
لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه انما يكون الحمل منه اذا اقر به وانما
ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل هنا وان كان المراد بالفساد هناك الباطل
ايضا على ما ذكره الامام فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق
المقاصد من حل الاستمتاع والتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان
الحرمة في المتقدمتين ابدية اما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر واما في المسبية
فكذلك على ما روى الحسن عن ابي حنيفة انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها
ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم حد الفراش الذي ذكرناه فانها
لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال المصنف رحمه الله
معنى قوله عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكر المعنى
فيقال لانه امر به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح به في فتاوى الولوالجي بالاستحباب واذا جاز النكاح
جاز للزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا احب له ان يطأها

حتى يستبرئها لان احتمال الشغل بماء المولى او تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطي حراما فاذا احتمل ذلك يجب
التنزه كما في الشراء فان الوجوب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح اورث ضعفا في السبب فيكون
مستحبا ولنا انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل ثابت والحكم بجواز النكاح في مثل هذه المادة فراغ الرحم لان
النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم واذا كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء الا استحبابا ولا
وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب واما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان
تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهم واما ليتصل بقوله بخلاف الشراء
فان الاستبراء فيه واجب ومن تذكر ما سلف من المسائل يتفطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المص ودون
استغناء عنها بما تضمن كلامه فيما سلف قوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفرق
وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح امارة الفراغ ما لو لم يكن الحكم بالاجنبي ذو لا كذلك الشراء
فيجب الاستبراء قوله وكذا اذا رأى امرأة تزني ثم تزوجها حل له ان يطأها وقيل ينبغي ان لا يحل لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة
عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض الاحتمالان احتمال وجود الحل وعدمه فتعتمد ذلك
ورجحنا جانب العدم لاصالته وتقوى الاصالة بان العدم حرمة صاحب الماء قال ونكاح المتعة
باطل وصورة المتعة ما ذكر في الكتاب ان يقول الرجل لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي
هذه العشرة لاستمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل
وقال مالك هو جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه
قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما يروى عن محمد
ابن الحنفية عن علي بن ابي طالب ان منادي رسول الله نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة
عام الفتح ومنها حديث الربيع بن سبرة قال احل رسول الله عليه السلام المتعة عام الفتح ثلثة ايام فخرجت
انا الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كانها عيطاء
فجعلت مع عمي الى باب المرأة تنظر الى شبابي والى بردتي وقالت هلا بردة كبردة هذا وشبابك كشبابه
هذا ثم آثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول الله عليه السلام الا ان الله تعالى
ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمعت الصحابة على ان المتعة قد انتسخت في حيوة النبي عليه السلام
وكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهرا لان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح
فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفا اجاب بقوله فابن عباس صح رجوعه الى قولهم روى
جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل
في نسبة جواز المتعة الى مالك نظر لانه روى الحديث في الموطأ عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد
بن علي عن ابيهما عن علي بن ابي طالب ان رسول الله صلعم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية
وقال في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة وقوله يجوز ان يكون
شمس الائمة الذي اخذ منه المص قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة وليس كل من يروي حديثا يكون ذاهبا
الى العمل به او يجوز ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة
شاهدين الى عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المص ره في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود لفظ التزويج

المتعة في الاستحسان كما ذكرنا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج والنكاح
وان يكون المدة معينة وقال زفر هو صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد
النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا ترى
ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبته كفالة قوله ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التأقيت
او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان
النكاح صحيحا لانه في معنى التأبيد وهو رواية عن ابي حنيفة ووجه الظاهر ان التأقيت معين لجهة المتعة فانه
قد تبين وجهك للنكاح ومقتضاه التأبيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى
عشرة ايام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة
بما اذا شرط في وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينهما وبين ما نحن
فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل
على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا واما صورة
النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو مضى التوقيت لم يكن بينهما نكاح بعد مضي المدة عندكما في الا
قال ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة هذه المسئلة من الاصل اي من المبسوط وصورتها ظاهرة
ومسئلة البيع تأتي في البيوع قوله وقسم المسمى على مهر مثليهما يعني اذا كان المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثليهما
ويقسم المسمى عليهما فما اصاب حصة التي لا يحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى يجب عليه لانه
قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا سلما له فاذا قابل ولم يسلم له منهما الا احدهما فلا يلزم
الا حصته كما لو خطب امرأتين بالنكاح على الف فاجابت احديهما دون الاخرى ولابي حنيفة ان ضم الا
التي لا يحل الى النكاح كضم الجدار الى المرأة فيه في ان كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح ولو فعل ذلك وسمى كان
المسمى كله للمرأة فكذلك هاهنا لعدم المحل بخلاف ما اذا خطبهما بالنكاح لانهما قد استويا في الايجاب حتى لو اجابتا
صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل بالمساواة في الايجاب فان قيل اذا لم يكن محلا للنكاح اصلا
ولم يدخل تحت العقد وجب ان يجب الحد بالدخول بها ولا يجب عليه الحد اجيب بان عدم الحد باعتبار صورة
العقد قوله ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها هذه المسئلة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء
بان قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة ره ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه
ظاهرا نفوذه فيما بينهما بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند
الله تعالى واما في الاملاك المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع واما في الهبة والصدقة
فعن ابي يوسف فيه روايتان في رواية الحقها بالاشربة والانكحة من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول
وفي الاخرى الحقها بالاملاك المرسلة وما ذكر في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قوله لان القاضي اخطأ
الحجة اذ الشهود كذبة والخطأ في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود
صدقة عند القاضي لان القاضي لا يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هؤلاء الشهود هي الحجة المعتبرة في الشرع
للقضاء اذ الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك امر باطن لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك لتعذر القضاء اذ الممكن

اصلا واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر
فان قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا استنادا الى
الجواب بقوله بتقديم النكاح يعني بتقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كانه قال انكحتك اياه وحكمت بينكما
بذلك قطعا للمنازعة فيحل له ان يطأها كيلا يؤدي الى وطلب الوطء ثانيا وسألني بعض اذكياء المغاربة حين
مر حاجا سنة سبع واربعين وسبعماية عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب فاجبته بقولهم بقطع المنازعة ثم
قال قطع المنازعة يحصل بتجويز الوطء فليطلقها فانه يخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء لم يسبقه
محلل فقلت يعني بالطلاق طلاقا مشروعا او غير مشروع لا سبيل الى الثاني لعدم الاعتداد به
فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة واما منا في هذه المسئلة علي فانه روي ان رجلا ادعى على امرأة
نكاحا بين يدي علي واقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني
منه فقال علي شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج
فيها وقد كان في ذلك تحصينهما عن الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل
قضاؤه بمنزلة انشاء العقد وذلك يقتضي ان يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه السلام
لا نكاح الا بشهود اجيب بان بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة السرخسي
وآخرين منهم قالوا انشاء النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى
لا يراعى شرائطه التي يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم وهو الجواب عن شروط
الايجاب والقبول قوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا
في الجارية او الطعام من غير تعيين شرى او ارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل له
وطؤها لان في الاسباب تزاحما فلا يمكن تنفيذه بيانه ان في الاسباب كثرة ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها
بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بتصرف يد المدعى عليه عن المدعي وذلك نافذ منه
فاما ان ينفذ باطنا بمنزلة انشاء عقد جديد فليس بقادر عليه فلا سبب شرعي بخلاف النكاح فان طريقه متعين
من الوجه الذي قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه والله اعلم بالصواب

باب الاولياء والاكفاء

اخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كان من شرطي النكاح لان حل محل النكاح شرط جوازه
بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه اولى بالتقديم وتحرير المذهب ما ذكره في الكتاب
واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كابي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فانه قال لان النكاح يراد
لمقاصد والتفويض اليهن مخل لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما عند التوقان ويتوهم
بالاذن لها الولي كاختياره مجوز فان الخلل يختبر به فكان الواجب الجواز وهم لا يقولون به وايضا
المدعي لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل الخاص بيان الخلل في العبادة والاعتداد بان هذا التعليل سبيل
ان لا يفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر الى ان باذن الولي او لا غير دافع لانتفاء المطابقة واما وجه
من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال
اختيارا لا الازواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شانه فهو جائز بالاختلاف فان قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص
حقها بل فيه حق يتعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن بكفوء في رواية قلت ولا فرق في ظاهر الرواية

فلا يرد عليه انما على رواية الحسن عن ابي حنيفة ثم فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية
التي يترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحو ذلك وذلك خالص
حقها فلا يعتبر بالعارض من لحوق العار للاولياء فان قيل هذا استدلال بالراي في مقابلة الكتاب والسنة و
فاسد اما الكتاب فقوله تعالى ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وانما يتحقق
منه المنع اذا كان الممنوع في يده واما السنة فما روى في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري
عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل
باطل باطل فالجواب ان الاية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على انهن يملكنه وان قوله
فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره وقوله ان ينكحن ازواجهن يفيد ذلك واما
الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره ولان عائشة عملت
بخلافه فزوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله عليه السلام
الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا هذا هو الصحيح عند اهل
اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك النص الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول
وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود قوله وانما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال اذا تصرفت
في خالص حقها فلم امر الولي بالتزويج اذا طالبته واي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها
ووجهه انها تباشر هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه
صيانة لها عن النسبة اليها قوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو يعني اذا لم تلد من الزوج واما اذا ولدت
فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عن مربيه قال في النهاية ولكن في مبسوط شيخ الاسلام
واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بدا له ان يخاصم
في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس
قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي قوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو يعني لدفع
ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى
القاضي ولا كل قاض يعدل وهو معنى قوله لان كم واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما يعني
ينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي ولا يتوقف على الاجازة قال ولا يجوز للولي اجبار البكر
البالغة على النكاح اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رح وهو مذهب
ابن ابي ليلى له ان الصغيرة اذا كانت بكرا يزوجها كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم
التجربة ولهذا اي ولكونها جاهلة بامر النكاح يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة
لان الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية قوله والولاية على الصغيرة
جواب عن قياسه على الصغيرة بالمعارضة وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت لقصور عقلها
وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالاجبار على الغلام
فانه ان كان صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف في المال اي في مال البكر البالغة
فانه لا يجوز للاب التصرف فيه قوله وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا

يقبض الاب صداقها ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحيي عن قبض صداقها لان الاب هو الذي يقبض ذلك
ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعثها الى بيت زوجها وكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة
تبطل بصريح مخالفتها وقوله ولو استاذنها الولي ظاهر وقوله وان فعل هذا يعني الاستيمار والاستيذان
غير ولي وهو الاجانب او قريب ليس بولي بان كان كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كاستيذان
الاخ مع وجود الاب لا يكون رضا حتى يتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة
على الرضا قوله ولو وقع اي السكوت دليلا فهو دليل محتمل يحتمل الاذن والرد وانما اكتفاء بمثله في الكلام
للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء ولانه فضولي او في حق ولي غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه
بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قايم مقامه قوله ويعتبر في الاستيمار التسمية يعني اذا
استامرها فلا بد فيه ان يسمي الزوج على وجه تعرفه اما اذا ابهم وقال اني اذوجك فسكتت لا يكون السكوت
رضى ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح قوله هو الصحيح احترازا عن قول من قال من المتاخرين لا بد من تسمية المهر
في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكر ان للنكاح
صحة بدونه فلا يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضى وكان يجب
ان يقول اذا استامرها قبل العقد فسكتت فهو رضى منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت
فلا يتم العقد لان الحاجة ههنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص
عليه فان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما
فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكنا نقول هذا في معنى المنصوص لانها عند الاستيمار
جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه فهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة
في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف قوله
ثم المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان في حقوق العباد وهو على ثلثة اقسام ما فيه الزام محض كالحقوق
في الاشربة والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة
في الهدايا والاذن في التجارات وما اشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتي نحن فيه واخواتها
كعزل الوكيل وحجر الماذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها فالاول يشترط فيه العقل والعدالة
والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة والثالث
ان كان المبلغ رسولا او وكيلا لم يشترط فيه العدالة لانه قايم مقام غيره فلو اخبر الغير بنفسه لم يشترط
فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
عند ابي حنيفة رح وعندهما هو نظير القسم الثاني في اشتراط ان يكون المخبر مميزا سواء كان عدلا او لم يكن
وموضع ذلك اصول الفقه ولو استاذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور
ووجه الاستدلال ان المشاورة من باب المفاعلة وهو يقتضي الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولي
بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب الراى بالاشارة الى الصواب وذلك لا
يكون الا بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذا لم يعد عيبا لم يكن بمعنى النطق في البكر
لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن في معناه لا يلحق به ولان السكوت صار رضا لمكان الحياء فان عائشة لما اخبرت

ان البكر تستحيي قال عليه السلام سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا
زالت البكارة بوثبة وهو الوثوب من فوق او حيضة او جراحة او تعنيس عنست الجارية تعني عنوسا اذا جاوزت
وقت التزويج فلم تزوج فهي في حكم الابكار في كون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر هي من يكون مصيبها اول مصيب
لها ولذلك مشتق من الباكورة وهي اول الثمار ومن البكرة وهو اول النهار وورد بانه لو كان كذلك لما تمكن من
الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زايلة البكارة بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له ان يردها اجيب
بان الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط للحياء وهو موجود
ههنا لانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنى فهي كذلك عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد ان في
لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة اذ الثيب من يكون مصيبها عايدا اليها مشتق من المثوبة وهي الثواب
وانما سمي بها لانها رجع اليها في العاقبة ومن المثابة وهو الموضع الذي يثاب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى
ومن التثويب وهو الدعاء مرة بعد اخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها
بكرا وتقريره ان الشرع جعل السكوت رضى بعلة الحياء على ما روينا من حديث عائشة واذا وجدت العلة
يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لانه يثبت بقوله ان الناس عرفوها بكرا فيعيرونها وفي بعض النسخ فيعيبونها
بالنطق فتستحيي فتمتنع من النطق فكانت العلة موجودة فتكتفى بسكوتها كيلا يتعطل عليها مصالحها
واذا ظهر بهذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وهو باطل لانه
هنا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في مقابلته فان قيل لا نسلم ان هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص
عليها حياء يكون من كرم الطبيعة وذلك امر محمود وهذا الحياء معصية فليس من افراده حتى يدخل تحت
النص اجيب بان هذا الحياء اشد لانه في الاستنطاق باعتبار انها ثيب ظهور فاحشتها وكان كالقرائن
فراشا ضعف فلحق به قوله بخلاف ما اذا وطئت بشبهة متصل بقوله فيكتفى بسكوتها يعني ان من وطئت بشبهة
او بنكاح فاسد لا يكون اذنها سكوتها لعدم الحياء ثمة لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم
العدة والمهر واثبات النسب اما بالزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها باقامة الحد عليها او العبرة
عادة لا يكتفى بسكوتها فان قيل يجب ان يكتفى بسكوتها في هاتين الصورتين ايضا لانها داخلة تحت
اسم البكر في لسان الشرع وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة اجيب بان هذا قول بعض المشايخ
وهو ضعيف فان في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ايضا ولا يكتفى بسكوتها بالاجماع
فعرفنا ان المعتبر ههنا صفة الحياء قوله لان السكوت اصل والرد عارض بناء على ان السكوت عدم
الكلام ولا شك في تقدمه على عروض الكلام فصار كالمشروطة له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة لا
يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالاجماع لان السكوت اصل والرد عارض
وكان القول قول من يدعي السكوت قوله ونحن نقول كذا به حاصله انه يعتبر الانكار المعنوي دون الغير
الانكار الصوري قوله بخلاف مجاوب عن قياس زفر ووجهه ان يجعل القول لمن يشهد له الظاهر والقدم
فقد ظهر يعني المدعي فلهذا القول للمشتري فان اقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح فان قيل هي
شهادة قامت على النفي لما ذكرتم ان السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة اجيب بانها
مقبولة اذا كان محيطا به علم الشاهد كما اذا ادعت المرأة على زوجها انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى

وقال الرجل بل بلغت فاقامت بينة انها تبلغ تقبل ويفرق بينهما لان بها تمام تحيط به علم الشاهد لو قالت لسمع الشهود وان اقاما البينة قال الامام التمرتاشي بينتها اولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو اقاما على انها اجازت او رضيت حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجح بينته لاثباته اللزوم وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وستاتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى قال ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة على ترتيب العصبات في الارث وقال مالك رح وليها الاب ليس الا حتى لو زوجها الجد عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي رح وليها الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا فان كانت ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ والعم او زوج الثيب الصغيرة الاب او الجد كرها لا ينعقد النكاح وجه قول مالك ان الولاية على الحرة مع قيام المنافي باعتبار الحاجة ولا حاجة في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليها غير ان ولاية الاب ثبتت نصا على خلاف القياس فان ابا بكر زوج عائشة من النبي عليه السلام وهي بنت ست سنين وصح النبي عليه السلام ذلك فلا يقاس عليه غيره والجد لا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد جزء الاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه قلنا لا نم ان الولاية على الحرة على خلاف القياس بل هو موافق له لان النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا يتوفر الا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفوء في كل وقت فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفوء لكل من يثبت ذلك من الاقرباء ابا كان او غيره ووجه قول الشافعي رح ان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور الشفقة وبعد القرابة ولهذا اي ولقصور شفقته لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى درجة لكونه وقاية للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان الولاية للنظر وهي في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب والجد فاذن النظر منها لم ينشأ الا من القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت كالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيد من القصور ممكن التدارك فاظهرناه في ولاية الانكاح فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا قد وقع خللا بقصور الشفقة والنظر فيه النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور فيه لا يمكن التدارك لانه يتكرر ويتداول الايدي بان يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقيف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا يفيد الولاية الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف النكاح فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا وكان التدارك بالتوقيف ممكنا وقوله وجه قول الشافعي رح في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي وتقريره ان الرأي امر باطن والثيابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فيقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني ان المقتضي للولاية النظرية هي الحاجة وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا نم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لان الرأي والعلم بلذة الجماع انما يحدث بمباشرة عن شهوة ولا شهوة لها واذا لم يكن الثيابة سببا لحدوث الرأي لا يصلح مدارا واما الصغيرة فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز ان يكون مدارا فكما تثبت الصغيرة

الولاية ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من اطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل وقوله والترتيب في العصبات ظاهر اعتبارا بالارث والحجب ولان داعية القرابة بعدها ان قرابة الاخ ناقصة خص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد قوله فيتطرق الخلل الى المقاصد حتى يعني ان ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من حسن الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسيع النفقة وتضييقها وهي المقاصد المهمة بعد الكفاءة ولا يوقف عليها الا بعد البلوغ ونظر صاحب النقصان قرابة وقصور شفقته ربما لا يحسن النظر فيتطرق الخلل فيها فيتدارك بالخيار الا دركات قوله واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله هو الصحيح احترازا عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة رح انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضي لان له الولاية في المال والنفس فكان في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب بقوله لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر يعني القاضي الا يرى ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لها الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي اولى قوله ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوج ولهذا لتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فيه السلة فيما اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فيما يكره الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق فلدفع ضرر وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان يملك عليها بطلقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك يستتبع دفع اصل النكاح فيمكن لانه بعد العتق يستلزمها وجود الملتزم بدون وجود اللازم محال فكان لها ان ترفع اصل الملك في ضمن الملك دفع الزيادة واعترض بان دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج السابق للزيادة وفي ذلك تجعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان هذا ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب التزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة عالما بان لها الخيار عند العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير منفي بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها مرضيا فكان ضارا فاذا اجتمع الضرر الضاير وغير الضاير يرفع الضاير دون غيره قوله ثم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رح خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف رح لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ واذا كان المزوج غير الاب والجد وحاصل ما ذكره ههنا امور يقع الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول ان خيار البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق والثاني ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيار او لم تكن اما اذا كانت عالمة فظاهر واما اذا لم تكن فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على خيارها لانها

لا يتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق او بثبوت الخيار لها اما الاول فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة قوله ثم خيار البكر تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وان كان جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فكذلك اذا كان لها الخيار وادركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا عند عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا بل لا بد من الرضا صريحا او دلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بل لا بد من ذلك قوله وخيار البلوغ تفريع آخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس قوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة وتقريره خيار بلوغهما لم يثبت باثبات الزوج وبطلانه وتمامه يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء قوله بل لتوهم الخلل دليل بقي للبكر والغلام وتقريره خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل وما ثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه فان الشيء لا يبقى مع منافيه غير ان سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عن المخلصين خيرا قوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق يثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لم يثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس انه اشار الى ذلك بقوله غير ان سكوت البكر رضا يعني ان الرضا يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول او بعده لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها والفائدة تظهر في شيئين احدهما انها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني انها لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلث تطليقات وكذا خيار العتق لما بينا انه يصح من الانثى قوله بخلاف خيار المخيرة ظاهر الى آخر المسئلة قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء اما الى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفوء واما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلم يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسية منها وقوله وغير العصبات من الاقارب كالاخوات والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اي عصبة كانت

تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اذا كان كافرا ثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث

ترتيب من له حق التزويج على التفصيل

سواء كانت عصبة بحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم او لم يحل كالعم ومولى العتاقة عصبة من العصبات ثم عند ابي حنيفة بعد العصبات الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغيرة في عهده منشوره اما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف مضطرب ذكره مع ابي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاء قوله لهما ما روينا يريد به قوله عليه السلام الانكاح الى العصبات عرف الانكاح باللام في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيرهم فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن ذكر الكفو والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله الانكاح الى العصبات اذا وجدت العصبات والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأي والقول بتوريث ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولكون التوريث مبنيا على الولاية قوله واذا عدم الاولياء يعني على الوجه المذكور فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له اما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان ذلك في عهده ومنشوره كذا في فتاوى قاضي خان وقوله واذا غاب الولي الاقرب يعني كالاب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج وقال زفر ليس له ذلك وقال الشافعي يزوج السلطان لتحقق ان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفوء اليها والحق القائم للشخص لا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا كانت ولاية الاقرب في غيبته قائمة فانه لا يكون للابعد ولاية ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه وكلتا المقدمتين ظاهرة ففوضناه الى الابعد قوله وهو مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي كما اذا مات الاقرب فان الولاية لم تنتقل الى السلطان بموت الاقرب فكذا بغيبته وقوله ولو زوجها حيث هو جواب عن قول زفر ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لا نم جوازه وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد يعني اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وبطلانها قوله وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام علي السعدي والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي عصمة سعد بن معاذ المروزي وقوله لانه لا نظر في ابقاء ولايته يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة ولي لانه اوفر شفقة من الاب بدليل ان ولاية الاب تعم النفس والمال والابن ليس له الولاية في المال ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة الا يرى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط قوله ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب لمحمد

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز او يمكن الاولياء من الفسخ احتاج ان يذكرها في فصل على حدة الكفاءة بالفتح

صدق والاسم منه الكفوء وهو النظير من كفأه اذا ساواه فهي معتبرة في النكاح قال صلعم الا لا يزوج
النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر رضه ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة
والنكاح شرع لانتظامها ولا تنتظم بين غير المتكافئين لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس
فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة
نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم يعني لما لم تكن بد منه كما تقدم فان
قيل الحديث يدل على عدم الجواز فيقتضي القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز ان يكون
وهو يقتضي المشروعية عندنا ثم الكفاءة يعتبر في خمسة اشياء في النسب والحرية والدين والمال والصنائع
اما النسب فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري يقول لا يعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية
بالحديث قال عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وقد
تأيد ذلك بقوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم ولنا قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن
والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل والمراد بالموالي العتقاء
لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي بعضها اكفاء لبعض والعرب اكفاء بعضها لبعض
ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا يعني من قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض
بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم الا ترى ان النبي صلعم زوج ابنته عثمان رضه وكان من
بني عبد شمس وانما قال في الموالي رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا انسابهم فلا
يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان رضي الله عنه حين افتخرت الصحابة بالانساب
وانتهى الامر اليه ابي الاسلام لا اب لي سواه قوله وعن محمد انه لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة تعظيما يعني
قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة لم
يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس من اولادهم كان للاولياء حق الاعتراض
قال المص رح كانه يعني محمدا قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لانعدام اصل الكفاءة قوله
وبنو باهلة باهلة قبيلة من قيس عيلان وهي في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن سعيد
ابن قيس بن عيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى الواحد عربي والاعراب
واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة لانهم
كانوا يأكلون الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها فالله
اعلم ولا ينفع الاصل من زمانهم اذا كانت النفس من باهلة قوله واما الموالي فظاهر قوله كما هو مذهبه
في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب واسم ابيه يحصل به التعريف
عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لا بد من ذكر الجد قوله ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا
لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي واما في العرب فان من له اب
في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو لمن له آباء في الاسلام لان العرب يتفاخرون في الاسلام
فيعدون النسب كفوا للنسب آخر اذا كانا مسلمين واما العجم فقد ضيعوا انسابهم وتفاخرهم بالاسلام
فمن كان له اب في الاسلام يفتخر على من لا اب له فيه ولا يعد كفوا له والكفاءة في الحرية نظيرها اي نظير الكفاءة

في الاسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق والخلاف فان العبد لا يكون كفوا للحرة في حق الاصل وكذلك المعتق
لا يكون كفوا لحرة الاصل والمعتق ابوه لا يكون كفوا لمن لها ابوان في الحرية لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في
حكم الكفاءة نسب وروي عن ابي يوسف ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفوا له
قال ويعتبر ايضا في الدين اي في الديانة ويعتبر ايضا الكفاءة في الدين اي في الديانة وهي التقوى والحسب
والصلاح وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج
شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا في الدين بمعنى الديانة
من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة
اولى بالاعتبار قوله وابو يوسف معه وهو الصحيح اي قران قول ابي يوسف مع ابي حنيفة حتى يكون الكفاءة في الدين
قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال اذا كان
الفاسق ذا مروة يكون كفوا وقالوا في شرح الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذا كان بحيث يكون
لهم مهابة عند الناس وقال محمد لا يعتبر الكفاءة في الديانة لانه من امور الآخرة فلا يبتنى عليه احكام الدنيا
الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه ببطن الكف ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان
فانه لا يكون كفوا لامرأة صالحة من اهل البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك الصفع ويعتبر
الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا حتى ان من لا يملكهما
او يملك احدهما لا يكون كفوا اما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من ايفائه واما النفقة فلان قوام الازدواج
ودوامه بها والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا ليس يطالب به فلا يسقط الكفاءة قوله
وعن ابي يوسف هو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال الكفو هو الذي يقدر على المهر
والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان ملك النفقة دون المهر قال يكون كفوا
قال الصدر الشهيد في تعليله لان المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل ويعد قادرا على المهر بيسار ابيه وامه
وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الاب لان الآباء في العادات يتحملون المهور عن الاولاد
دون النفقة الدارة قوله فاما الكفاءة في الغنى فمعتبر في ظاهر قوله وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان
في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفوا للعطار وفي رواية قال الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا
الحائك والحجام وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الروايتين ما ذكر
في الكتاب فهو واضح قال واذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها اذا تزوجت المرأة ونقصت عن
مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك
قال المص وهذا الوضع اي وضع العقد وبين المسئلة على هذا الوجه انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع
اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهو شهادة صادقة عليه فانه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يبق
لهم الاعتراض وافود هذا انما يستقيم ان لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو اذن
لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا انعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الاول وكذلك لو اكره
السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك
في قول محمد الاول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح

قوله كما شرع الكفاءة يعني في تعيير الاولياء بكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندبنا الى تخفيف الصداق
دون ترك الكفاءة وكذلك النبي عليه السلام لم يضع بناته في غير الاكفاء وزوجهن بادنى الصداق بانه ما زاد
على اربع اواق هو فرش اي نصف اوقية وهو درهم كانت خوف مهور سائر الناس ولان الزيادة بقدر الشرف
ولم يزل الشرف كان بعزيز فلا مشابهة بينهما والجواب ان وجه التشبيه ما ذكرنا من تعيير الاولياء وهو
وصف مؤثر في الباب واما ان لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه احد من في التحصيل
وقوله بخلاف الابراء بعد التسمية جواب عن قولهما كما بعد التسمية وذلك لان الاولياء لا يشتغلون بايفاء
المهور عادة وربما يعدونه ضربا من اللوم في العادات قوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ظاهر قوله
ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد بيان ان هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز عندهما الحط والزيادة
الا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل
التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا او تزوجها على خمر او خنزير وهو قول بعض مشايخنا
وقال آخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمصنف
لان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر فيما اذا حط عن مهرها او زاد على مهره فيكون العقد باطلا كما
اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش او اشترى باكثر منها بذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي
حنيفة رح ان الحكم يدار على دليل النظر لا على حقيقة النظر والضرر في هذا العقد باطنا لكن النظر دليل يدل
النظر فوجب ترتيبه عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهي موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما
قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطنان لان المقصود منه ليس حصول المال البتة بل منه مقاصد يرتب
على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان والعرايس فيجوز ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك
ويجوز ان لا يكون وكان النظر والضرر باطنين فادير الحكم على الدليل في الاختان والعرايس فيجوز ان يكون
نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون وكان النظر والضرر باطنين بخلاف البيع فان
المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد
بين النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل الدال على النظر معدوم وقوله ومن زوج ابنته ظاهر قلت المسئلة
في التزويج نفسه ظاهر وكلامه ظاهر

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

لما كانت
الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ان يذكرها في
باب الاولياء في فصل على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي قوله ويجوز لابن العم صورة
وتخريج المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر وان في في لا شراكهما في معنى وهو ان الواحد لا يكون
مملكا ومتملكا للشيء الواحد في زمان واحد واستثنى الشافعي الولي لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلثة
رحمهم الله وبناه على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا
ومتملكا لانه لا تمانع في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما التمانع في الحقوق
كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر بخلاف البيع لانه مباشر
حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي شطري الايجاب والقبول لان
الواحد لما قام مقام الاثنين قامت عبارة الواحد ايضا مقام عبارتين فلا يحتاج الى القبول قوله

بغير الولي موقوف فان اجازه الولي جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها

وتزويج العبد والامة ظاهر قوله ولا يجوز اي لا يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا او اصيلا
وقوله لان العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الاصلية هي الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه والفضولي
لا يقدر على اثبات الحكم والانجاز لتناسي تمليك اموال الناس لتناسي فيه من الفساد والايجاز فاذا لم يكن قادرا
كان كلامه لغوا ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا
الى محله وهو الانثى من بنات آدم وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة
فينعقد موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله قوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد
وضع لحكمه وتقديره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى
عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار وقوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت
فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لا مجيز لها فلا يتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم
ان شرط التوقف وجود المجيز قوله وهذا اي مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
اذا زوجت نفسها فبلغه يعني بعد حضرتها فاجازه جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا ست مسائل
ثلث منها تتفق على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي
آخر او قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فاجاب فضولي فقال زوجتها منك او قالت المرأة زوجت نفسي
من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلثة بالاتفاق لانه عقد
جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلث منها اختلاف احدها ما ذكرنا وهو قوله ومن
قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل
عنه آخر والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف
العقد على اجازة الغائب وهو قول ابي يوسف اولا وعلى قوله آخرا يتوقف هو يقول في الفضولي من الجانبين لو
كان مأمورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا توقف لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن
ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق
على مال فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق
وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد
لانه شطر حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر ويبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم
يكن كذلك فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما
وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير كلامين وما جرى
بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واخواته اي الطلاق على مال والاعتاق
عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقدا تاما
وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما يجيء قوله ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه
اثنتين لا يلزمانه ان يكون التوكيل بامرأة معينة او غيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ما ذكر والمتن وكان
ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احديهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المأمور ممتثل امره في احديهما لا
بعد ان يكون احديهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي

وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت
في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي الاول وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها
في عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها قوله ومن امر
اميرا فهو على الامير وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن اميرا فزوجه الوكيل امرأة
عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة اما اتفاقا واما لا قيل قيد بذلك ليظهر الكفاءة
فانها من جانب النساء والرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله امة لغيره لانه لو زوجه امة نفسه لا يجوز
بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ فان لفظ امرأة مطلقا
يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والامة جميعا وقوله وهو التزوج بالاكفاء
قال الكشاف في ذلك المسند على ان الكفاءة معتبرة في النساء للرجال ايضا عندهما وكذا ذكره في الاصل قلنا العرف
مشترك كما هو مستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء للتسهيل
او هو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف على نوعين لفظي نحو
الدابة تقيد لفظا بالفرس وعملا المال بين العرب بالابل وعملي اي عرف من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا
كلبسهم الجديد يوم العيد واشار الى انه لا يصلح مقيدا لاطلاق اللفظ لان اطلاق اللفظ تصرف لفظي فيقيد
بما يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه وقوله وذكر يعني محمدا في وكالة الاصل اشارة الى ان ذكره
من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له والمهر هو المال
يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله على الزوج المهر والصداق
والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله تعالى فانكحوا والنكاح
لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر
واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه ليس لصحة
النكاح وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح فان قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل
قلت دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة حكم بصحة
الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح
وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين قوله وفيه خلاف مالك اي فيما اذا
تزوجها بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك يعني انه لا يجوزه قال لانه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد
بشرط نفي عوض كالبيع بشرط ان لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لا يكون مهر اذا قيسا
على البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود رضي الله عنه في المفوضة كما سيجيء قلنا دل حديث
ابن مسعود على جواز ان ينفي المهر كما دل على جواز ترك ذكره لان ما يكون عوضا يشترط ذكره في العقد
لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا
في البيع لانه حقها شرعه الله تعالى لحاجتها لصيانة بضعها عن الابتذال مجانا فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام
لا مهر اقل من عشرة انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام

الا لا تزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر
ان النبي عليه السلام قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من اوجه الاول انه خبر واحد
فلا يجوز تقييد اطلاق قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم به الثاني انه معارض بقوله عليه السلام بما روى ان عبد
الرحمن بن عوف جاء الى النبي عليه السلام وبه اثر صفرة فاخبره انه تزوج فقال عليه السلام كم سقت اليها فقال
نواة من ذهب فقال عليه السلام اولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة دراهم
وثلث وبما روي ان امرأة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال عليه السلام لا حاجة لنا اليوم
بالنساء فقال رجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال عليه السلام هل عندك شيء تصدقها فقال ما عندي
الا ازاري فقال عليه السلام لا فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال عليه السلام هل معك
شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا فقال عليه السلام زوجتكها بما معك من القرآن الثالث ان هذا الحديث
متروك العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن
صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض والجواب عن الاول ان التقييد
ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم لان الفرض بمعنى التقدير فكان المراد باموالكم في
قوله ان تبتغوا باموالكم مالا مقدرا وبين الحديث مقداره وهذا لان كل ما اوجبه الشرع تولى بيان مقداره
كالزكاة والكفارات وغيرها فكذلك المهر وعن الثاني بان الاحاديث يحمل على ما يعجل بالسوق اليها اما في حديث
عبد الرحمن فلانه مصرح به واما في الحديث الآخر فلانه امره بالتعجيل بالالتماس وذلك التعجيل معتاد عندنا وليس
كلامنا فيه وانما كلامنا في الذي يثبت في الذمة وعن الثالث بما ذكرنا ان عائشة رضي الله عنها عملت بخلافه ولو لم
تعرف نسخها لما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الاولياء دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه
دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم قوله ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى
قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم على ما عرف في الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة
استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو محترم فلان يتلف به منافع بضعها كان اولى ولو سمى اقل من عشرة
فلها العشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس
ووجه الاستحسان ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة اما باعتبار ان العشرة
في كونها صداقا لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما لو اضاف النكاح الى نصفها صح في جميعها واما حقها
وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا بما دون العشرة رضا بالعشرة واما باعتبار انها
برضاها بما دون العشرة اسقطت حقها وحق الشرع على ما قررنا فما كان من حقها فقد سقط لولايتها على
نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه قوله ولا معتبر بانعدام التسمية جواب عن قوله
كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض
اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة ولذلك لا يجب العشرة وانما يجب المثل بخلاف الرضا
دون العشرة فانه رضا بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندنا ووجبت المتعة عنده
كما اذا لم يسم شيئا قوله ومن سمى مهرا عشرة اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد يتقرر باحد
الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت اما الدخول فلانه يتحقق به تسليم المبدل وبه يتأكد

وبناى بتسليم البدل يتأكد بتسليم البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن
فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية ان يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه
يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية ان يسقط بتقبيل ابن الزوج او الارتداد
والعياذ بالله وبالدخول تأكد واما الموت فلان النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلا للرفع والشيء بانتهائه
يتقرر ويتأكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه الممكن تقريرها لوجود المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة وبه
والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فان النفقة
لا يجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل بعد النكاح واما الذي يقوم مقام الدخول وهو
الخلوة الصحيحة ويعلم حكمه من قوله وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله
والاقيسة متعارضة جواب عما يقال ينبغي ان يسقط الكل لانه بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه
سالما اليها فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم تقايلا ووجه ان الاقيسة متعارضة فقياس يقتضي
ذلك كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل البدل لانه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب
كل المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع كالقبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص وفيه بحث
من وجوه الاول ان القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة والثاني ان التعارض
اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان
ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا بل يعمل المجتهد بايهما شاء واجيب عن الاول بان ذكر معارضة القياس
ههنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما او لمخالفة كل منهما النص
كانه قال لو وجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول فانا لو خلينا ومجرد القياس
وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم تركنا احد القياسين
تركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الاخيرين فانه لما لم يكن المعارضة على الحقيقة
بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض بل هذا احسن وجه في الاعتذار في هذا
وهو كما ترى وقوله وشرطان يكون قبل الخلوة وقد ظهر معناه فيما تقدم قال ـــــ وان تزوجها
ولم يسم لها مهرا او المفوضة التي شرطت في نكاحها ان لا مهر لها فلها مهر المثل ان دخل بها الزوج او مات عنها وكذا
اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثر اصحابه على انه يجب في الدخول لان المهر خالص حقها فيتمكن
من نفيه ابتداء كما يتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء
فملكت الابراء دون النفي لان الاصل ان يلاقي التصرف ما تملك دون ما لا تملك ولو طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال لا
جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر اي لا
جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المسيس وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب
وقال حقا وذلك ايضا يقتضيه وذكر بكلمة على وهي للوجوب والمتعة واجبة عندنا رجوعا الى الامر وعند مالك وفيه خلاف
فانها عنده مستحبة في جميع الصور لان الله تعالى سماها احسانا بقوله تعالى حقا على المحسنين واجيب

بان ذلك مصروف الى التي لها مهر او نصف مهر المثل بمعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد لقوله ومتعوا
والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف يصرفها الى المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة في على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله على المحسنين كلها يقتضي الوجوب وتأكيده فاما ان يبطل ذلك الكل لاجل لفظ
الاحسان او تأويله لا ارى ان نعدل من الثاني بل نتأول بان معناه على المحسنين الذين يقومون بالواجب ويزيدون
على ذلك احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها درع وخمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن
الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة فمن الابريسم وهذا التقدير اي تقدير العدد مروي عن عائشة
وابن عباس رضي الله عنهم وذلك لان المرأة تصلي في ثلثة اثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها ذلك قوله لا تزاد على نصف
مهر المثل قال في النهاية كان من حقه ان يقول لا تزيد على نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور
اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنصف مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل و
وفي مهر المثل المعتبر حالها وكذا فيما قام مقامه وقوله والصحيح انه يعتبر حاله هو اختيار ابي بكر الرازي عملا بالنص
وهو قوله تعالى على الموسع قدره اي على الغني بقدر حاله وعلى المقتر اي على الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة اما ان
تكون زائدة على نصف مهر المثل او لا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلي
ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى خلفه وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر المثل وان لم يكن فاما ان تكون
مساوية له او لا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص وان لم تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم
او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة
وان لم يكن فلها المتعة بالنص فان قيل نص المتعة مطلق من هذه التفاصيل وفيها تقييد له وهو نسخ فالجواب
ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهر من بعينه
بين معنى المثل بيانا لذلك المقدر المجمل وكذلك قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة دراهم وكان معارضا لاية
المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتأمل ان كان القواعد الاصولية على ذكر منك وان تزوجها
ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها
فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف وهو الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض والمفروض
ينتصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل
اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد
ابتداء لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زاد لها شيئا فانهما يلزمانه
على تقديري الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا
ما نزل منزلته والمراد بما تلا يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم الفرض في العقد لانه هو المتعارف قوله فان زادها
في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا تلتحق باصل العقد ان قبضت
ملكت والا فلا وقد عرف موضعه اي ان يذكر في زيادة الثمن والمثمن ونحن نتبعه في ذلك وقوله لان التنصيف
يختص بالمفروض في العقد يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده كالمفروض
فيه عملا بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل قوله على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة قال واذا خلا
الزوج بامرأته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول حتى لزم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي

وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر

فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع البضع انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر دونه لان التأكيد انما يكون بتسليم البدل وتسليمها بالوطي ولم يوجد وكنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم البدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها في البدل كما في المبيع التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما ما ذكر ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فصحيح لكن ذلك تسلم وليس في قدرة المرأة ذلك فلا يكون مكلفة بذلك قوله فان كان احدهما مريضا بيان لما يكون مانعا عن الخلوة حسيا كان او شرعيا قوله وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع بلا خلاف واما المرض من جانبه فقد قيل انه ايضا متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال لان جميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قال المص بقوله مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور قوله وان كان احدهما صائما بتطوع فله المهر كله لانه يباح له الافطار اعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا يكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان واجيب بانه لزوم القضاء في التطوع عندنا للضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى فساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان اثره عاما وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو انه لا يباح الافطار من غير عذر وحاصله ان المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة وهي ان صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمتنع عن الوطي شرعا لما فيه من ابطال العمل المتقرب قوله واذا خلا المجبوب هو الذي استؤصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود الة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فاوجب اولى بخلاف العنين فان الة الوطي فيه موجودة وسلامة الالة وجودا سبب الى الوطي اذ الاصل السلامة في الاوصاف فيدار الحكم عليه ولابي حنيفة ان التسليم في حق السحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد اتت بما وجب عليها واما عدم التسلم فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة في جميع هذه المسائل يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فيدل عليه ان الزوجين لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير بسقوطها لم يطأني وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطأها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال لا يحتاط في ايجابه وقوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرح مختصر الكرخي وكلامه واضح قال ويستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وليستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي يجب لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضي ان لا يكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها داخلا في قوله لكل مطلقة وهو ينافي ما تقدم من قوله ثم بينه

المتعة

المتعة واجبة ويقتضي ان لا يكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والتحفة وزاد الفقهاء وجامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا يكون المتعة واجبة للمستثناة عندا الشافعي لانه استثناها من الوجوب وذكر في الحصر انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه ويستحب المتعة لكل مطلقة غير الذي ذكرناها من قبل الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج اخرى وهو اختيار القدوري فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول والمستحبة لكل مطلقة الا للتي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة واما الشافعي فله في المستثناة قولان في قوله القديم يجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر وفي الجديد لا يجب وهو الذي ذكر في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان يكون مدخولا بها او لا فان لم تكن فاما ان يكون مهرها مسمى او لا فان لم يكن فهي المفوضة وجبت لها المتعة وان كان فهي المستثناة التي لا يستحب لها المتعة وان كانت مدخولا بها سواء كان مهرها مسمى اولم يكن مستحب لها المتعة وعند الشافعي هي تنقسم الى واجبة والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من الزوج لا يحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب ان يجب لكل من اوحشت به فالمتعة يجب لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة لعود المعقود عليه اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تتكرر فلا يجب المتعة لهذه المطلقة ويجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا ان المهر عوض فالمتعة خلف عنه والفاء تظهر في مسئلتين احديهما ان المطلقة بعد الدخول بها لا يستحق المتعة عندنا لانها استحقت عوض منافع البضع مرة فلا يستحق غيره وعنده تستحق لانها صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية ان المتعة لا يزاد على نصف المهر عندنا لانه لا يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم على ما عرف في الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل ولا نعني بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا الى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء وثبت انها خلف والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا منه لا يكمل المفروض عند الطلاق بعد الدخول او بعض المفروض عنده قبله واعلم انه قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية وبقوله شيئا منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول بعد التسمية وفيه نظر لانه يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه بكلا المتعة خلف عن مهر المثل فالخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى او بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا يجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه وذكر الضمير كما في قوله تعالى المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه

والخلف وهو المتعة لا يجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول فرض غير تسمية ولا يجامع شيئا متصلا
بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله ويكون قوله ولا شيء لها ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لانه من تتمته
لانه لم يذكره مقدما تدلكنه لما كان متصلا به الحق بحكمه ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى ان كلا منهما يمنع
اشتغال ما هو المهر عند الله وبيانه كما عرف في الاصول ويعضد هذا قوله في آخر كلامه فلا يجامع وجوب شيء
من المهر لينا ولكن مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في حل هذا المكان والله اعلم قوله وهو غير
جان جواب عن قولهما اوحشها بالفراق وتقريره سلمنا انه اوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل
ما فعل باذن الشرع فلا يلحقه الغرامة بوجوب المتعة فكان المتعة بتأويل المتاع من باب الفضل اي الاستحباب
قال واذا زوج الرجل بنته اذا زوج رجلان كل منهما بنته او اخته للآخر بشرط ان يزوجه الآخر
بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل ويسمى هذا النكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء
وسمي به لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي هما نكاحان باطلان لانه
جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك
انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف للبنت بحكم المهر فيلزم الاشتراك
ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد
ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير قوله ولا شركة بدون الاستحقاق جواب الخصم وبيانه ان البضع
لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح ان يكون مملوكة للمرأة الاخرى فبقي
بذلك شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وان تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة او على تعليم
القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته
سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين يعني سواء كان حرا
او عبدا لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك
لانه اذا استاجر شخصا على تعليم القرآن او الاذان او الامامة جاز عنده فصار كما اذا تزوجها على خدمة
حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى ان
تبتغوا باموالكم الآية والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغاء به مشروعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها لا تبقى
زمانين والقول بعقد البقاء زمانين فلا يكون الابتغاء به مشروعا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم
رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة يمتنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم ولان
خدمة الزوج لا يستحق بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان يكون المرأة خادمة
والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا جعله كون الرجل خادما والمرأة مخدومة
وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف بخلاف خدمة حر آخر برضاه فانه يصلح ان يكون مهرا لانه يسلم فيه
كالمستاجر ولا مناقضة فيه على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم المولى معنى حيث
يخدمها باذنه وامره بالنكاح وبهذا استغنى عنه ظاهر لانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال
ويمكن ان يقال ذكر المص على المدعى دليلين احدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني قوله ولان خدمة
الزوج الحر فذكر العبد منع باعتبار الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور

الزوجية

الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المص تسامح لانه قال في التعليل ولنا ان المشروع هو الابتغاء
بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد داخلا في قوله ولنا فقوله ثم على قول محمد يجب قيمة الخدمة
المنتهى له يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب ولهما دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه داخل بالنسبة الى التعليم
فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الاخرى على قول محمد يجب قيمة الخدمة لان المسمى هو الخدمة مال
عند العقد الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح
يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا يستحق فيه اي لا يستحق الخدمة في النكاح بحال ولو كانت مالا
لاستحقت لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال
وذكر بعض الشارحين ان سماعه في هذا المكان بكلا او بكذا او لا يستحق فيه بحال وهو حسن لتعيين احدهما ان
يكون كل واحد منهما لان الخدمة ليست بمال قوله اذ لا يستحق فيه بحال دليلا على وجوب مهر المثل ويكون الاول
اشارة الى قوله ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز
استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني ان قوله اذ لا يستحق فيه بحال لا دلالة على ان الخدمة ليست بمال الا
بالتعيين من وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو لا يتم لان للخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت مالا لاستحقت فيه قوله
لانه وجد المقتضي وانتفى المانع وهو كونها غير مال ممنوع لان المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة
مانع آخر عن الاستحقاق لكن يمكن ان يقال ولقائل ان يقول قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مستغنى
عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن ان يجاب عنه بانه اعادة تمهيدا لبيان التعليل بقوله
اي وجب مهر المثل لان التقويم للضرورة اي لان تقوم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس الى العقود
وهي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد لمكان المناقضة لم يظهر تقومه فبقي الحكم
الاصلي وهو مهر المثل ولو قال فاذا لم يجز تسليمه لكان اولى فتامل قال فان تزوجها على الف
هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما ان يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما
يتعين بالتعيين كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا لها
او لم يكن وكل واحد منهما على وجهين اما ان يهب المرأة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين
وهو الف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج
يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه ينصف الصداق بالنص ولم يصل
عين ما يستوجب بالهبة لان الدراهم والدنانير لا يتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبتها
الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجب كان له الرجوع وبالتعيين كذلك اذا كان المهر
مكيلا او موزونا آخر في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبت ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف
ذلك لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع احدهما على الآخر بشيء وفي القياس يرجع بنصف الصداق وهو قول زفر رح لانه سلم
له المهر بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق
قبل الدخول فان الزوج سلم له ما يستحقه فلا يبالي المرأة مما يستحقه وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق
هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند

حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر خالعتك على الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر
الجارية جاريتك ولي عليك الف درهم لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت
خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه
بشيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولو قبضت الكل ثم وهبت للزوج
ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصف ما قبضت وكذا اذا قبضت البعض ولان هذا البعض اي البعض الذي
لم يقبض حط والحط يلتحق باصل القبض فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة ان مقصود
الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق
كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض يستظهر فيما اذا باعت من زوجها
قوله والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان
العقد عقد معاوضة يحتاج الى دفع الضرر عن احد الجانبين بالزيادة او الحط والنكاح ليس كذلك فاستوضح
المص رح بقوله الا ترى ان الزيادة ان الحط والزيادة سيان في الالتحاق باصل العقد والزيادة في
النكاح لم تلتحق باصل العقد حتى لا ينتصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق فكذلك الحط ولو كان الموهوب
اقل من النصف وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة
يرجع عليها بثلثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها باربع مائة درهم لان عنده ما سلم للزوج
معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانه تزوجها على ما قبضت فينتصف المقبوض وهو ثمانمائة فلو كان
تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس
وهو قول زفر رح يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره يعني قوله
لانه سلم له المهر بالابراء فلا يبرأ عما يستحقه وجه الاستحسان ما ذكر ان حقه عند الطلاق سلامة نصف
المقبوض من جهتها وقد وصل اليه قوله ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
لم يكن لها ان تدفع شيئا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسألة الاولى حيث يرجع عليها
بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز وبخلاف ما
اذا باعت يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو مستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما
يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس
والحمار ونحوهما لا مطلقا او عروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه ح يجب الوسط
تاما ويثبت دينا في الذمة فيشبه النقود وكذا الجواب يعني اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم
يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته تعين عليها رده بعينه
وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين واذا وهبته يتعين بالتعيين
فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير معتبر وان كانت قبل القبض فقد وصل اليه
حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف السبب قوله وهذا لان الجهالة اشارة الى شيئين
الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض متعين في الرد وتقريره الجهالة تحملت في
النكاح لا بيانا في النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح فاذا شرط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق الا

عند الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا
عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية
عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال ان لم يهب وطلقها قبل الدخول
بها بخلاف الدراهم والدنانير قال واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة فقد تقدم
ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان
لا يتزوج عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة
وطلاق الضرة فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه سمي ما يصلح مهرا
وقد تم رضاها به وان كان لم يواف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر
من الالف لانه سمي ما لها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالالف
فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان سمى مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما اشبهه
وكما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى
الفين ان اخرجها صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر رح انه ذكر بمقابلة شيء واحد وهو البضع
بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الالف والالفان فيفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما
ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة رح ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه
فتعلق العقد به ثم لم يصح الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه
المسئلة وبين ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان
جميعا بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجي وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية
الثانية لانه لا يدري ان الزوج يخرجها اولا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس
الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمص
لم يذكر وجوه الاقوال واحال على باب الاجارة على احد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة
الخياطة على ما يجيء ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاصل هذا ان الضمان الاصلي عند ابي
حنيفة مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تنتج الجهالة وعندهما الضمان الاصلي
هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه
متيقنا كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا الوجه فان الاوكس فيه ذلك متعين وما في الكتاب واضح ولنا
قال فمهر المثل اذ هو العدل لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لان فيه منافع البضع وقيمة الشيء لا يقبل
الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانها تقبلهما قوله لان مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل
هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلث ووجهه انه كذلك الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع
فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا برضاها قوله والواجب
بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف الارفع فيما وجب فيه الارفع
مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله
وهو ما يكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة

الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا يوجب الا البدل

صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء
اعطاها قيمته قال شيخ الاسلام وقال الشافعي يجب مهر المثل معناه

قال وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صورة المسئلة ان يقول اتزوجك على حمار او فرس قال
معنى هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف يريد انه لم يقل جيدا او وسط او ردى الى غير ذلك من
اوصاف ودوابات الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون مراده من الجنس اسم الجنس ويطلق
على على شئ وعلى كل ما اشبهه ولم يصح به التسمية والحق ان يقال اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع
باصطلاح غيرهم **وقوله** وقال الشافعي يجب مهر المثل والخ قوله ولنا انه معاوضة مال بغير المال معناه ان
في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال ابتداء
يعنى بغير عوض فلانه معاوضة مال بغير مال فكان كالدية والاقارير وحيث يلزم فيهما ايضا مال من غير ان يكون
في مقابلته عوض مالي فجعلنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة في نفس محملة
كما في الدية فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقارير فان من اقر لانسان بشئ صح
اقراره وجعلنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما
وجب الزكوة رعاية لجانب الغنى والفقير وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردى
والوسط والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معانى الاجناس فانه
اذا قال على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه **وقوله** وبخلاف البيع جواب عن قوله لا يصلح ثمنا لا يصلح
مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه على المضايقة والمماسكة اى المنازعة لانه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام
المال ابتداء فيفسد باصل الجهالة اما النكاح فبناؤه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم يفحش قوله واما
يخير متعلق بقوله والزوج مخير معناه ان لكل واحد من الوسط والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط
لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء واما الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر
المرأة على القبول بايهما اتى **وقوله** وان تزوجها على ثوب غير موصوف يعنى لم يذكر نوعا منه قوله لانه الثياب
اجناس يعنى انها يكون قطنا وكتانا وابريسما قوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب يعنى المبالغة فيه
ان يوصل الى حد يجوز فيه عقد السلم **وقوله** في ظاهر الرواية احتراز عما روى عن ابي حنيفة بان الزوج
يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم ومن ابي
يوسف انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم وجه الظاهر ما ذكره
انها ليست من ذوات الامثال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد وكذا اذا سمى مكيلا
او موزونا وسمى جنسه مثل ان يقول تزوجتك على كر حنطة او من من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج
مخيرا بين الوسط وقيمته وان سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لان الموصوف منهما يثبت في الذمة
ثبوتا صحيحا الا شرط فاسد معناه ان قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبول الخمر وهذا
شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربوا على ترك التسمية اصلا وذلك لا يفسد فهذا اولى
بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربوا وهو يفسده وفي قوله بخلاف البيع
اشارة الى رد قياس مالك النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب
الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بها وقلنا انه لما لم يصح التسمية في نفسها لكونه المسمى ليس
بمال اى ليس بمال متقوم في حق المسلم لم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل قال فان تزوج امرأة

فان هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله تجب القيمة

على هذا الذي من الخل فهو صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم ان محمدا مع ابي يوسف في ذوات الامثال في ان
الحكم متعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابي حنيفة في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر
هو الاشارة عند ابي حنيفة في الفصول كلها والتسمية عند ابي يوسف في الفصول كلها والاشارة في الجنس الواحد
والتسمية في الجنسين عند محمد والمص قدم دليل ابي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة بقوله لكونها
يعنى الاشارة ابلغ في المقصود وهو التعريف لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشئ ويحصل به كمال التمييز لان
الاشارة الى الشئ وارادة غيره ممتنعة واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غيره
مجازا ثم ذكر دليل محمد وكانت الاشارة الى اختياره منهجه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين احدهما ان
المراد بالماهية هي الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج فيصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسية
والثانية ان المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين احاده امرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر
والذكية والذكر والانثى من غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما اكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل
والخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحذق في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه والجارية والعبد
فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة في العقد فان كان المسمى
والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسمية هناك لا يدل على ماهية اخرى وانما
يدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار اليه لانه هو المشار اليه
لولا الصفة ولم يعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذ تدل على ماهية
خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه في استحقاق ان يكون مرادا ولا يكون تابعا له لان الشئ
لعدم شئ لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ في التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها
يعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذاتا مشارا اليه من غير دلالة على حقيقته بهذا الذي سيخرج في خل ونحو
الخل فازيد له بيانا وبيان كل موضع دلت التسمية فيه على معنى تحقق المشار اليه عند انتفائه فهو جنس
واحد فان صفة كونه عبدا اذا انتفت ما زجا لعدم الواسطة وكذا في الجنية والذكية والذكر والانثى
وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار اليه عند انتفائه لوجود الواسطة وكانا جنسان
فان صفة كونه خلا اذا انتفت لا يلزم ان يكون خمرا لجواز ان يكون عصيرا وكذا اذا انتفى كونها جارية
لا يكون عبدا لجواز ان يكون خنثى وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها
الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر تخرجه عن العقد
فكان تسمية العبد الثاني لغوا فكانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان
ووجه ابي يوسف هو ظاهر وكذا وجه محمد لانه في الجنس الواحد يعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام
مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل والمص ذكر في دليل ابي حنيفة قوله
لانه مسمى بناء على ما ذكرنا ان الاشارة ابطلت العبد الثاني **وقوله** ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب
مهر المثل اعترض عليه بما قال قيل بما ولو تزوجها على الف ان اقام بها الى ان قال وان اخرجها فلها مهر المثل
وبما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امرأة على الف درهم وعلى ان يعتق ابا ها فتم ان لم يف بالشرط فلها
الضعف الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل واجيب بان ذلك

استحق بعقد النكاح تفوته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف على شرع غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود فلو لم يجب لها الى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما هنا فيمكن الوقوف على اشارته اليه قبل النكاح بالنقص فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها قال وداود والقاضي بين الزوجين

في النكاح الفاسد النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح **قوله** هو يعتبر بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى يكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد يرجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى اي منافع البضع بهذا العقد هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فضرنا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فبطل ما ذكره وهذا يقتضي ان لا ينقص من مهر المثل ان زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا يجب لانعدام التسمية فان قلت بل هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه وهي ان كانت فاسدة يجب حمل العدم وان كانت صحيحة يجب حمل الوجوب قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى بالتسمية يتقوم لا قومه فاسدة من حيث انها وجبت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا نقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هناك ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد **قوله** بخلاف البيع جواب عن قياس زفر وهو واضح **قوله** وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكر ان الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه **قوله** الحاقا للشبهة بالحقيقة اي الشبهة من وجه بالثابت من كل وجه في موضع الاحتياط وكان قوله وتحرزا عن اشتباه الانساب تفسيرا للاحتياط بطريق العطف ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات وقال زفر يعتبر من آخر الوطيات حتى اذا وطئها في النكاح الفاسد ثم رأت ثلث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده يكون عدتها منقضية وقوله تعالى هو الصحيح احتراز عن قول زفر **قوله** لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود من الايجاب والقبول وشبهة النكاح ورفعها بالتفريق **قوله** التفريق به موضعين يشير الى انه لا بد من التفريق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض فاما ان يكون التفريق بمعنى الدفع والرافع كل واحد منهما واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا رفعها حكمها الى الحاكم **وقوله** ويثبت نسب ولده ظاهر مما تقدم **قوله** ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطي باعتبار ان النكاح داع الى الوطي والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله

بنا اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها اعلم ان مهر مثل المراة يعتبر بمثيلاتها التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم امها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب لانها اضافهن اليها وانما يضفن الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا يرى ان الام قد تكون امة والابنة تكون قرشية تبعا لابيها ولا يعتبر بامها وخالاتها لانها تكون من قبيلتها **قوله** لما بينا اشارة الى قوله وقيمة الشيء انما يعرف بالنظر الى قيمة جنسه **قوله** ويعتبر في مهر المثل ظاهر **وقوله** باختلاف الدار اي البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى نظيره والمراد بالسن السن وقت العقد **قوله** وان ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه فان قلت يجوز ان يكون مراده ان الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمراة قلت ينبو عنه قوله ثم ان المراة بالخيار ولو كان في النص سواء وذكره في باب الولية من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير امراة فللمراة ان تطالب المهر من الزوج فيؤدي الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب بالاقتضاء بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمراة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن **قوله** ثم المراة بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراؤه اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك قبضه اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير **وقوله** ولا يرجع بالمهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن ولو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الاب **وقوله** وللمراة ان تمنع نفسها اذا تزوج امراة على مهر فاما ان يكون المهر كله معجلا او مؤجلا او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل بها فللمراة ان تمنع نفسها حتى ياخذ المهر ولها ان يمنعه عن اخراجها الى السفر ليتعين حقها في البدل وهو المهر كما تعين حقه في المبدل وهو البضع فصار كالبيع فان للبائع ان يحبس المبيع حتى ياخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس حق الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل بها فكذلك وان كان الكل مؤجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان يمنع نفسها لانها اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف ابي يوسف قال موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر اولا معينا كان او دينا فحين قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه الى ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع لا محالة الا يرى ان البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم احد البدلين اولا فلم يكن المشتري راضيا بتاخير حقه في المبيع الى ان يوفي الثمن **وقوله** لاسقاطها حقها بالتاجيل باطلاقه يشير الى انه ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان بهذا العقد لا يجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى **قوله** وان دخل بها يعني في الاول فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله يعني للمراة ان يمنع نفسها حتى تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك لنا ذا كان الدخول

برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة فلا تسقط حقها فى الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلوة بها ان كانت
برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيرهم لم يسقط حقها بالاتفاق وبنى على هذا استحقاق النفقة بيستحقها اذا
المنع عنده لانه منع بحق ولا يستحقها عندهما لانها ناشزة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة
الواحدة وطهذا يتاكد بها جميع المهر وتسليمه ينفى حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع **وقوله** وذا انها منعت
جاز ان يكون مناقضة وتقريره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة فانها
منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف فى البضع المحترم واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز
ان يكون معارضة وتقريره انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف فى البضع المحترم والتصرف فيه
لا يخلى عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح قوله والتاكيد بالواحدة اى بالوطئة الواحدة
جواب عن قولهما وطهذا يتاكد بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها ان تحبس
قبل اداء المعجل فاذا ادى لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت فان سكت عن التاجيل والتعجيل
فماذا يكون حكمه قلت يجب حالا وقد اشير الى ذلك فى دليل ابى يوسف آنفا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله
واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها
وهو قول الفقيه ابى الليث لان الغريب يؤذى قال ظهير الدين المرغينانى الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ
بقول الفقيه ابى الليث ورد بان الفقيه هو الذى اخذ بقول الله تعالى لان قوله من حيث سكنتم مخصوص بدليل
مستقل مقارن وهو قوله ولا تضاروهن فى قرى المصر القريبة لا يتحقق الغربة سئل ابو القاسم الصفار عن نقلها
من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك نقلة وليس بسفر واخراجها من بلدها الى بلد سفر وليس بنقلة
قال ومن تزوج امراة ثم اختلفا فى المهر هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما ان يكون فى حيوتهما
او يختلف الورثة بعد مماتهما او يكون بعد موت احدهما فان كان فى حيوتهما فاما ان يكون قبل الطلاق او بعده
وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف فى قدر التسمية او فى نفس المسمى اما اذا كان الاختلاف فيه
حال قيام النكاح او بعد الفرقة بعد الدخول او بعد موت احدهما فالقول قول المراة الى تمام مهر مثلها او
فيهما والقول قول الزوج او ورثته فى الزيادة فى قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وكلامه فى تحرير المذاهب ظاهر
قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا فى تفسير قول ابى يوسف ان المراد به ما يكون مادون العشرة
فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده ان يدعى شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج
مثل تلك المراة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ فى البيع ايضا اذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة
القول قول المشترى الا ان ياتى بشئ مستنكر وليس فى الثمن تقدير شرعا **وقوله** لا فضاء اليه اى الى مهر المثل
وقوله وهو قياس قولهما اى قول ابى حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر لان عند ابى يوسف هو القول قول الزوج
فى جميع الفصول قوله لان المتعة موجبة بعد الطلاق اى موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل
قبله اى قبل الطلاق فيحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله قوله ووجه التوفيق اى بين رواية الجامع الكبير
وبين رواية المبسوط والجامع الصغير وهو واضح **وقوله** فالقول قولها يعنى مع اليمين لان الاصل فى الدعاوى
ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بالف درهم كالو اقر لان النكول اقرار
فان كان الغير فالقول قولها اى مع يمينها لان الزوج يدعى عليها الحط وهى تنكر فان نكلت تقضى بالغ...

لانها

لانها اقرت بالحط وان حلفت يقضى لها بالفى درهم بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف والالف باعتبار مهر المثل
فما يدعيه الزوج هنا الا ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة فى الوجهين اى فيما اذا
شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمراة يقبل وان اقاما البينة فى الوجه الاول وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا
للزوج يقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمراة بينته لانها تثبت الحط
والاصل فيه هذا ان البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهرا فان كان مهر مثلها الف وخمسماية تحالفا لان الزوج يدعى عليها
الحط عن مهر المثل وهى تنكر والمراة تدعى عليها الزيادة وهو ينكر وينبغى ان يقرع القاضى بينهما فى البداية بالتحليف
فان نكل الزوج يقضى بالف وخمسماية كما لو اقر بذلك صريحا وان نكلت المراة وجب المسمى الفا لانها اقرت بالحط وان
حلفا جميعا وجب الف وخمسماية الف بطريق التسمية لا نحر التحرج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف وخمسماية باعتبار
مهر المثل يخير فيها الزوج وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضى بالف وخمسماية الف بطريق التسمية
وخمسماية باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص محمد فى هذا الفصل ان بينة المراة
اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبى بعد ذكر وجوب مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض
ونص محمد فى هذا الفصل ان بينة المراة اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبى اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا
يبدا بيمين الزوج لانه ابينهما انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة
للاثبات وهذا تخريج الرازى وقال الكرخى تحالفا فى الفصول الثلثة على قول ابى حنيفة ومحمد وهى ان يكون
المثل شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة
تمنع المصير الى مهر المثل وان حلفا عدم التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول ابى بكر الرازى اصح لان تحكيم المهر لا يجوز
مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر والاصل فى الدعاوى ان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه
ولو كان الاختلاف فى اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الاخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب
المثل بالاجماع المركب اما عندهما فلان الاصل هو التحكيم واما عند ابى يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى
لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما
بين الحى وورثة الميت فالجواب فيه كالجواب فى حيوتهما فى الاصل والمقدار فى الاصل يجب مهر المثل بعد التحول
قبله وفى المقدار عندهما يحكم مهر المثل لانه مهر المثل لا يسقط بموت احدهما الا ترى الى مسئلة المفوضة اذا
مات احدهما وعنده قول الزوج او ورثته لما تقدم ولو كان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار فالقول قول ورثة
الزوج عند ابى حنيفة ولا يستثنى القليل خلافا لابى يوسف فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد هو الجواب فيه
كالجواب فى حال الحيوة يحكم مهر المثل وهو قياس قول ابى حنيفة لكنه تركه استحسانا لما نذكره وان كان الاختلاف
بعد موتهما فى اصل المسمى فعند ابى حنيفة هو القول قول من انكر لا يحكم مهر المثل قوله لما بينته بعد اشارة الى
دليل ابى حنيفة فى المسئلة التى تلى هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يا خذوا
ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شئ لورثتها عند ابى حنيفة وقالا لورثتها المهر فى
معناه اى معنى قوله لورثتها المهر فى الوجهين المسمى فى الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل فى الوجه الثانى
وهو ما اذا لم يسم اما الاول وهو وجوب المسمى فلان المسمى دين فى ذمته اما بثبوته بالبينة او بالتصادق
وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته اذا علم انهما ماتا معا او لم يعلم انهما ماتا اولا او علم ان الزوج مات اولا

لو علم ان الزوج مات اولا واما اذا علم انهما ماتا اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجهه ان المهر صار
دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وهو قياس قوله لكنه استحسن فقال ان موتهما يدل
على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير الى ان وضع المسئلة في صورة التقادم وقد روي
عنه انه استدل فقال ارايت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا
لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف
على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضي بمهر مثلها
وللمشايخ طريق آخر وهو ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب مقابلة بالبضع لا بمال
يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط
فيسقط بموتهما لان المسقط تاكد بالموت ومن بعث الى امرأته شيئا ظاهر قوله فالقول قوله اي مع اليمين
فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترده وترجع بما بقي من المهر وان كان هالكا لم ترجع قوله لما بينا انه
الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قوله وقيل ما يجب عليه انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف
والملاءة كان له لانه لا يجب من المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله وغيره مثل كتاب البيت

فصل

لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات تتميما للكلام في
احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بها الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط
بلفظ الذمي واقول ليس بجيد ان يكون اطلقه لينتظم المستامن ايضا وذلك في دينهم اي النكاح بغير مهر
في دينهم جائز والحال انه ملبس بظاهره وان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر
في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات عنها
فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر رحمه الله في الحربيين ايضا وقال ان الشرع ما شرع
ابتغاء النكاح الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات
والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم حاصل كلامه ان المشروع في باب النكاح ابتغاء بالمال
على العموم وكلما كان كذلك يثبت حكمه على العموم وقالا اهل الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر
فلا يكون الحكم عليهم الا بالالتزام ولا الالزام الا بالولاية فقد انقطعت الولاية بتباين الدارين وبعد المنعة
بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد
منهم فكان كالزنا والربا فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا لكن ولاية
الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصوم والصلوة
وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وليست
بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام
وانقطاع الولاية قوله بخلاف الزنا جواب عن قولهما كالزنا والربا وجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان
فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه
عهد الا من حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ قوله بولاية الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير
في الميتة والسكوت روايتان يعني عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء

وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واما على الرواية الاخرى وهي رواية الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي
وبين السكوت ووجهه ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على
البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست
بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام من الروايتين ووجه الرواية الا
ان اهل الذمة يتدينون تقوم ... يدخل تحت قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون فيحكم الشرع والاصح ان
الكل على الخلاف عنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر المثل قوله فان تزوج الذمي ذمية ظاهر قوله وهذا
اي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين او غير معينين عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين
اي في المعين وغير المعين وقال محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين ووجه قولهما انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفين
فيما بينهما حيث قال ابو يوسف فيهما نصف المهر ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقان
في ان لا يوجبا عين الخمر والخنزير ان القبض مؤكد للملك في المقبوض ولهذا ينتصف الصداق بالطلاق قبل الدخول
اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضا او بالقضاء واذا مر يوم الفطر والصداق
عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا يجب الزكوة
عليها عند ابي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده والمؤكد للملك شبيه بالعقد لافادة ما لم يكن فيمتنع
القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتداء التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في الحرمة
وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما في افادة ما لم يكن والقبض
فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع عن تسليم نفسها فكذلك فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا امتنعت حالة القبض
بخلاف العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه محمد رحمه الله ظاهر
ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا ملك التصرف فيه ولو هلك
هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للملك وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى
ضمانها وذلك اي الانتقال لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة واما في الصداق الغير المعين فالعقد
فيه لا يتم به الملك لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض موجب ملك المعين فيمتنع بالاسلام عن تملك
الخمر والخنزير قوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين الخ يعني بخلاف ما اذا باع
الخمر او الخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد
ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه قوله واذا تعذر القبض في غير المعين ظاهر قوله
ولو طلقها الخ معنى قول ابي حنيفة في العين لها نصف العين وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير
لها المتعة لان مهر المثل لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق
فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف رحمه الله لها المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة
على كل حال

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان من له اهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق
والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهر
لان منافع بضعها ملك المولى فلا ينفذ العقد عليها بدون اذنه واما العبد ففيه خلاف مالك رحمه الله فانه يجوز

نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق من باب النكاح
ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود
واخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى
عبدا او امة فظهر مزوجا كان له ان يرده وليس لهما تعييب انفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بدون اذنه
وفي هذا التعليل جواب لمالك فان الطلاق ازالة العيب ولا يلزم من جواز ازالة العيب جواز تعييبهما
واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان فيه وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص حيث
فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز ذلك واجيب
بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به في
الاصول قوله وكذا المكاتب ظاهر وقوله لما بينا يعني قوله لانه من باب الاكتساب قوله فالمهر دين في رقبته
يباع فيه لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل المصنف بقوله
لان هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره
هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة يباع الرقبة اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب
من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدوره بالاذن منه واما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن
اصحاب الديون كما في دين التجارة فيباع الرقبة في المهر كما يباع فيه قوله دفعا للضرر عن اصحاب الديون
يعني النساء وقوله فليس هذا باجازة لانه اي قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته
يسمى طلاقا ومتاركة الا ترى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة واذا احتمل الرد
رجحنا جهة المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد قوله او هو اي الرد ادنى لانه دفع والطلاق رفع والدفع
اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في
المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا
كذلك فمن الاحتياط على رأي المولى فان قال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة
لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك
بالمال او تزوج اربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال والتزوج بالاربع من النساء
لا يكون الا للعبد الحر اجيب بان ما كان اصلا في اثبات الاهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء
كالايمان في خطاب الكفار بالشرايع كما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان
النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية لها وقوله ومن قال لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة والامر
المذكور ظاهر انه وتعيينه بالاشارة والامة اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الامة كذلك وبني
على هذا الاصل المذكور مسئلتان احديهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثانية انه اذا
تزوجها بعد ذلك صحيحا لا يصح عند ابي حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجه
الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف ان ما تزوج امرأة في الماضي وكان
تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط قوله كما في البيع يعني انه اذا امر بالبيع مطلقا
يتناول الجائز والفاسد وقوله على هذه الطريقة من طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان

وتعلق المقاصد في النكاح الفاسد مثل كالنسب ووجوب المهر
والعدة على اعتبار وجوه الوطء [illegible]

ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما ذكر والنكاح لا يلاقي
حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه

قول الكل فالعذر لابي حنيفة بان مبنى الايمان على العرف ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة
اسوة للغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله ووجهه وتقريره لان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق
سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء بالابطال مقصودا منتف واذا تحقق المقتضي
وانتفى المانع يثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المانعية انما تتحقق بذلك واما اذا كان ضمنا فلا عبرة
وههنا كذلك لان محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى بحكم
الملك وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك وصار
كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء واما اذا كان اكثر منه فلا يساويهم بل يؤخر
الى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض قال ومن زوج امته بوأت للرجل منزلا
وبوأته منزلا اي هيأته ومكنته فيه ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها اي يهيئ بيتا للزوج بيتا
لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها وانما يقال ذلك ليتحقق التسليم وكلامه واضح
وحاصله ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم
ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال الكثير فله ان يبوئها وان لا يبوئها وان يستخدمها
بعد البتوتة لكنه يسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان قيل الاحتباس
انما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عنه
لاستيفاء الصداق اجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع
ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة
لها فان بوأها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على
المالك قوله وكذا تزويج المولى يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر
رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا لان للمولى اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح
بدون رضاهما نفذ قوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا حد بالزنا
يقع الحد مهلكا او جارحا ففي الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا فوجده قد زنى
فله ان يرده فيملكه بالانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين
الملك عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط في جواز انكاح الامة جبرا تملك منافع بضعها لانه
لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والولي
يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار
تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك
لما كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف
وهو ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني
على الكتابة ثم انها لو ردت حتى ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على
اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة قال في النهاية
وهو من الطف المسائل واعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حال رقها ولم يعتبره حالة العتق لما ذكرنا

بتزوج امة فانت قبل الدخول بها فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها اجنبي فكذلك
وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رح لا مهر عليه للمولى قالا المقتول ميت باجله عندنا اهل الحق
فلا فرق بين الصور الثلث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة تجازى
بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من
ام زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث باشرتا ولم
يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من اهل المجازاة ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى
بسقوط المهر فلم ينتف في الصغيرة المجازاة واجيب بان ترك مجازاة الصغيرة انما يكون على فعال غير محظورة
في حقها والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس قوله والقتل
في حق احكام الدنيا جواب عن قولهما لان الميت مقتول باجله وان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها
المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وقتل المولى امته لما بينا من الجامع انه منع المبدل قبل التسليم وقوله
ولنا ان جناية المرء ظاهرة قوله حتى تجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطأ وكذلك يجب الضمان على المولى اذا
كان عليها دين قال واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى وفي هذه المسئلة دلالة على جواز
العزل وسئل ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا بأس به ولو ان الله تعالى اخذ ميثاقا في نسمة فلو القيتها في صخرة
لخلق فيها وروى ابو سعيد الخدري رضي عن النبي عليه السلام مثله وهو ثلثة اقسام عزل عن امته المملوكة وذلك لا
اذن فيه الى احد وعزل عن المرأة الحرة ولا اذن في العزل اليها وهذان بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة
وفي تعيين الاذن اختلاف كما ذكرنا في الكتاب وهو واضح قال وان تزوجت باذن مولاها او زوجها مولاها
ثم اعتقت فلها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال
الشافعي رح ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روي ان عائشة
رضي الله عنها لما ارادت ان تعتق مملوكين لها زوجين سألت النبي عليه السلام عن ذلك فامرها بالبداءة
بالغلام وقال لها انما امرتك بذلك كيلا يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي
موجودة في الحر ولنا ان عائشة رض اعتقت بريرة فقال لها رسول الله عليه السلام ملكت بضعك فاختاري
فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله
سها فسجد فانه محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة
رضي الله عنها ان بريرة خيرها رسول الله عليه السلام وكان زوجها عبدا وروى ايضا باسناده الى عكرمة عن
ابن عباس رضي ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها النبي عليه السلام وامرها ان تعتد فلا
يكون الشافعي محجوجا قلت روى البخاري ومسلم وابو داود ايضا والنسائي والترمذي وابن ماجة واحمد
رحمهم الله ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ
الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بان المثبت اولى من النافي فليطلب ثمه
قوله ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان عدة الطلاق عندنا معتبرة بالرجال
فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حرا واجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوله
على ما سيجيء فيلزم عليه الزيادة اذا اعتقت وان كان حرا ولا نم ان امره عليه السلام بالبداءة بالغلام لذلك

وانما كان

وانما كان لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانهما لو اعتقهما معا لثبت الخيار ايضا عنده وليس ثبوت الخيار في العبد
لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الا ترى ان الزوج ان اعسر حتى عجز عن كفايتها لم يكن
لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت
باذن مولاها ثم اعتقت كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر لا خيار
لها لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فان المهر لها
والنكاح ما انعقد الا برضاها ودليلنا ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح
ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونها من اهل
العبارة وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق
فلا يتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خص الامة بالذكر ليجيء
المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها لا تتاتى في حق العبد ويجوز ان يكون تخصيصه بالامة لتفريع مسئلة الخيار
عليها لانه يختص بالاماء دون العبيد قوله فان كانت تزوجت بغير اذنه ظاهر وانما قال في صورة المسئلة
بان المسمى الف ومهر المثل مائة ليعلم ان المسمى وان زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق
وكان ينبغي ان يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد
عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله والمراد بالمهر الالف
المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى للمولى ان اعتقها
بعد الدخول وللامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم
لان المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا الا ترى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على
زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا يحل على زوجها الاول باعتبار
ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق اجيب بان ما ذكرت قياس فان القياس
هو ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود
المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول
لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد
جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ما ذكره السائل
لم يزل والاولى ان يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك وانما هو الحاجة الى انتصاب عن الاضرار
بالمولى في اعتاقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز من ذلك الوقت
وظهر بهذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاح موقوف الى الآخر واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة
بان امتناع حلها على زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي والمستوفى بالوطئ
متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ولو
استند الجواز الى اصل العقد يجب ان يكون المهر للمولى كما اذا تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى
اعتقها اجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان
الثبوت هو الامة وزمان العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة امتنع استناده بهذا الاستحقاق

الى زمان العقد فيبطل هذا الاستحسان زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت قال ومن زوج
جارية ابنه فولدت منه ولدا فهي ام ولد له وعليه قيمتها دون المهر وانما قال ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب لانه
لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير ووجهه ان للاب ولاية تملك مال الابن للحاجة الى البقاء والمانرى عائشة رضي الله عنها
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه فكلوا من اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي
قال ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال الابن للحاجة الى البقاء
فله ولاية تملك جارية للحاجة الى صيانة الماء فان قيل لو كان صيانة الماء لبقاء النسل لوجب عليه القيمة كما في
الطعام اجاب بقوله غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء الجارية
والده للاستيلاد لكونه غير ضروري فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان قوله بان الاب
تعتمد الملك كما في المملوكة وحق الملك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت
قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح يعني للاستيلاد انما حقيقة الملك وحقه على ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت
للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه لانه تعذر ما على الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع
وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط واذا قدم كان
الوطي واقعا في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد
فانه سقط الاحصان بهذا الوطي ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة فانه
اذا استولدها وجب عليه العقر والمسئلة معروفة يعني في شرح الجامع الصغير وغيره ان الملك عندنا يثبت
قبل الاستيلاد شرطا وعنده بعده حكما له والذي ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد الاب
جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطي في الملك حتى لو خلا عنه اصلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلا
بد من تقديمه صيانة الفعل عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة بين الاب
والابن اذا ولدت فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع من الملك وذلك يدل على ان
الملك لم يثبت سابقا على الوطي وبانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبانه
اذا قذفها انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاولى بان تقدم الملك احترازا عن وقوع
الاستيلاد في غير الملك حكما وفي ملك المسئلة نوع من الملك قائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثانية بان
اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة الفعل عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهنا المجموع ليس
بموجود ههنا وعن الثالثة بان تقدم الملك اجتهادي فكان فيه شبهة تندرئ بها الحد ولو كان الوالد
زوج جارية اياه اي اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لانه صح التزويج
وقال الشافعي لا يصح لان للاب حق الملك في الحال حتى لو وطئ جارية عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد
وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه لان حق الملك
في مال الولد اظهر الا ترى ان استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد المولى امة مكاتبه غير صحيح ولنا
ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطي ونفاذ العتق وصحة البيع
والرهن والهبة فمن المحال ان يملكها الاب بوجه من الوجوه والا لما كان للابن ملكها من كل وجه وذلك خلف
باطل وكذا يملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه قوله الا انه

يسقط

يسقط الحد لانه جواب عن قول الخصم لو وطئ جارية عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره في الكتاب واذا كان خاليا
عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا تصير ام ولد له وقال
زفر هي تصير ام ولد له لانه لو استولدها بفجور صارت ام ولد له فاذا استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد
له ولنا ان ما ذكره انما يكون اذا صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء
قوله ولا قيمة عليه فيها ظاهر وقوله واذا كانت الحرة تحت عبد واضح الا الفاظ ننبه عليها وقوله لصحة العتق
اي عن الامر وقوله اعتق طلب التمليك منه بتقديمه اعتق عبدى الذي هو لك في الحال عند بيعك لي اياه وبطريق
الوكالة يعني فيكون امرا باعتاق عبد الامر عنه وقوله اعتقت يكون بمعنى قوله بعت منك واعتقته عنك فان
قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق عن الامر المأمور به لاتفاق فلا يكون المقتضى اقوى من التصريح اجيب
بان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا
ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته
ولا المرأة عبدها فان قيل يجب ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك
ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثاني
ان الملك ههنا كما يثبت يزول حكما للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشرى اذا اشترى منكوحة
موكله لا يفسد النكاح لان الملك كما ثبت زال اجيب عن الاول بان الثابت اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه
وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني بان الملك يثبت للموكل
ابتداء وهو مختار شمس الائمة وابي طاهر الدباس سلمنا ان الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح
لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله لانه يعني ابا يوسف يقدم التمليك بغير
عوض هنا تصحيحا للتصرف اي لتصرف الامر لما ان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط
اعتبار القبض لانه شرط فصح معنا فامكن ذلك باسقاط القبول الذي هو ركن فلان يكون باسقاط الشرط اولى فصار
كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة من غير قبض من يدين اذا
كان هو الطالب بعوض او بغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة
فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء وقوله اسقاطا ولا اثباتا اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض
كما يسقط القبول والثاني ان يجعل القبض موجودا تقديرا وقوله لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا
يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل
حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتباره ساقطا بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه وقوله وفي
المسئلة اي في مسئلة الامر بالاطعام الفقير ينوب عن الامر في القبض كالفقير في باب الزكوة ينوب قبضه عن قبض
ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقريره في المسئلة يطلب
في التقرير

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب الرقيق
التي ذكرناها ذكر من هو ادون منه لانه اخس منهم ديانة وهم اهل الشرك اذا تزوج الكافر بغير
شهود او في عدة كافر اخر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وقيد بعدة كافر لانه لو كان في عدة مسلم كان
النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى يكون في

علته ويجوز ان يعود بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي سنة عند المسلم وبه اخذ ابي حنيفة رح وقال الذي
النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في
الوجه الاول وهو التزوج بغير شهود كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر آخر كما قال
زفر رح قال الذي الخطابات كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهي عامة كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا
يتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما تركناهم وعبادة الصنم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة
وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولهما ان حرمة المعتدة يجمع
عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه ولم يلتزموا
احكامنا بجميع الاختلافات وكنا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة
غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا يفرق بينهما
بالاجماع ولابي حنيفة رح ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة اما ان
يكون للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير
ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع على ذلك الفرض فكان النكاح واقعا ابتداء صحيحا لوجود
المقتضي وهو صدوره من اهله مضافا الى محله وانتفاء المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع
متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة
ليست شرطا فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا
وطئت بشبهة يجب عليها العدة صيانة لحق الوطي ولا يبطل النكاح القائم وهذا كما يرى يشير الى ان العدة
لا تجب عن الكافر وهو الاصح وقال بعضهم يجب لكنها ضعيفة لا يمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء
فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستدعي
الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه او خامسة ثم اسلم احدهما او
ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان
لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذا اسلم وجب التعرض والتفريق
وكذلك بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا ان الحرمة اما ان يكون للشرع او
للزوج الى آخره قوله في الصحيح احترازا عن قول مشايخ العراق ان له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم
الصحة لما فرق بينهما في البقاء قوله الا ان المحرمية جواب عن هذا التشكيك ووجهه ان المحرمية تنافي بقاء
النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه
كما مر ثم باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وكذلك بمرافعة احدهما وطلب حكم الاسلام عندهما لان
اسلام احدهما كاسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع احدهما يكون كرفعهما لانه برضاه انقاد لحكم الاسلام
كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة رح فلا يفرق برفع احدهما لان الآخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح
واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا يعارض
اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما
كتحكيمهما ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته قوله ولا

مسئلة ولا كافر ولا مرتدة وقد يستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع فيه وكذا المرتدة
لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج يشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح

يجوز ان يتزوج المرتد فاضح قوله بل المصالح يريد به السكن والازدواج والتوالد والتناسل قوله فان كان احد
الزوجين مسلما فالولد على دينه قيل كيف يصح هذا التقسيم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي كافر كان واجيب
بان هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بولد قوله وان في
هذا النظر اي في جعل الولد تبعا للكتابي في المتنازع جعله تبعا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا
للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح
للحرمة ونحن بينا الترجيح وهو قوله لان فيه نظرا له فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع
ترجيح فمن اين يقوم الحجة قلت ترجيحنا بدفع التعارض وترجيحه يرفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع لان الدفع
واقع لا يرفع قال واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر اطلق الكفر فقوله وزوجها كافر لعدم بقاء
نكاح المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوج بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح
وقوله كما في الطلاق يريد ان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء العدة
قوله الا انقضاء ثلث حيض ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه كان الشافعي يقول ينبغي ان يتاجل
عندكم الى انقضاء ثلث حيض ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت وتفرقت باسلام المرأة او زوج المجوسية
فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان يكون هو الاسلام او كفر من بقي عليه لا
سبيل الى الاول لانه طاعة فلا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على كفره قد كان موجودا
قبل هذا ولم يمنع ابتداء فلا يمنعها بقاء فلا بد من امر آخر يعرض الاسلام فيحصل المقاصد ان اسلم
او يثبت ما يصلح للذلك وهو الاباء فان الاباء منه صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف ما يترتب على
الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفي كلام المص نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال
فوات المقاصد يصلح سببا يبتنى عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن ان تأملت ما ذكرته حق التأمل ازال
عنك الشبهة ولما فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع ابي يوسف رح في ان الفرقة في الوجهين لا يكون
طلاقا ووجه قوله ما ذكر ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل
فرقة بسبب يشتركان فيه لا يكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية
ولهما ان الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد ومن امتنع عن الامساك
بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح بالاحسان كما في الجب قوله فتح ذمته عليه بالاسلام زيادة
تأكيد وادى ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة قوله اما المرأة
ليست باهل للطلاق وامتنع قوله فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او
مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها الصداق كله بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها قوله
واذا اسلمت المرأة في دار الحرب ظاهرة قوله والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الحجة
من السبب الذي لا ينتفع عليه الا افراد البلغاء قوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض ثلث
ان كانت ممن تحيض او ثلثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء
الزوج الاسلام وكان ذلك لانه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء قوله
كما في حفر البئر يعني قيام الشرط مقام السبب وذلك ان الاصل اضافة الحكم الى العلة الواقع في البئر

التي خرجت على قاعدة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا تعدى فيه ثم اضافة الى السبب وهو المشي
وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيف الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم يعارضه العلة
والسبب ولشبهة العلة من حيث تعلق الحكم به وجودا دون تعذلانه في غير ذلك الكافي وهو منعم اصول الفقه ثم المرأة
ان كانت المسلمة فهي كالمهاجرة على ما سيأتي من حكم المهاجرة واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق
ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا وانه في تفصيل كالحربية دار الاسلام من قوله فان كان
قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة
لا للعدة فيستوي فيها المدخول بها وغيرها وهذا لان الثلث وضع في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو
الطلاق فجاز ان يعتبر السبب وفي الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض واما ههنا فالفرض
انه لم يباشر فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة بالاجماع
لان حكم الشرع لا يثبت في حقها قوله وان كانت هي المسلمة ظاهر وقوله فلان يبقى وفي الاولى البقاء اسهل
من الابتداء فكم من شيء يحتمل في النكاح حالة البقاء وان لم يحتمل في الابتداء الا ترى ان المنكوحة اذا وطئت
بشبهة تعتد وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء قال واذا خرج احد الزوجين
صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك وتقرير دليله ان التباين اثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية
لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فانه ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط
المكنة عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته انقطعت ولم يؤثر في الفرقة وهذا
لابطال دليل الخصم قوله اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الصفاء له الا بانقطاع النكاح
وهذا اي ولان السبي يقتضي الصفاء يسقط الدين عن ذمة المسبي لاثبات المذهب ولنا ان المصالح
لا ينتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما
ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة
تباعدهما شخصا وبالحكم ان لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى
وهذا لاثبات المذهب قوله والسبي يوجب ملك الرقبة رد لدليل الخصم وتقريره والسبي يوجب ملك الرقبة وذلك
لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو تزوج امته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي
لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر لا يحتمل وغيره سواء كما اذا تقررت المحرمية والرضاع
قوله وصار اي وصار السبي كالشراء من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة
قوله ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفاء لكن فيه محل عمله وهو المال الحقيقي
الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك
من خصائص الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي
لان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها هي الرقبة قوله وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن
او المسلم المستأمن وكان قد احترز بقوله حكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستأمن حقيقة لكنه
لم يوجد حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة اي تركت دار الحرب الى دار الاسلام وخرجت
مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع الى ما هاجرت عنه ابدا جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح

واما لا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام
كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة رح ان العدة انما وجبت اظهارا لخطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا يجب على
المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب بانها لا تجب عليها
العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل المحرم اورث تباين الدارين وهو لا يربو
على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب ههنا ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الجهات حكما لوجوب
العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه لا الى اثر وحاصله ان التباين
يربو على الموت الا يرى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها
رواه محمد رح عن ابي حنيفة رح لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر
في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا حبلت من مولاها لا يزوجها حتى تضع وروى ابو يوسف
والحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها لانه لا حرمة للحربي
فجزؤه اولى كما في الحبلى من الزنا فانه لا حرمة لماء الزاني قيل والاول اصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف
الحبل من الزنا وتحقيقه ان الحبل من الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح ايضا
دون غيره قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام اذا ارتد احد الزوجين والعياذ
بالله وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل وعندنا فتى رح ان لم يدخل بها فكذلك وان
دخل بها فحتى ينقضي ثلثة اطهار بناء على ما ذكرنا من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة بغير طلاق
حتى لا تنقص عدد الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج
فهي فرقة بطلاق وان كانت من المرأة فبغير طلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع بينهما يعني قوله امتنع عن
الامساك بالمعروف وابو يوسف مر على اصله في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان
والطلاق مما يختص به الزوج وابو حنيفة رح فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة بالاباء من الزوج طلاقا
دون الردة وجعل الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال وتبطل
الملك والنكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب عن
الشيء الرافع له لا ينافيه فلا يكون الردة طلاقا بخلاف الاباء لانه فوت الامساك بالمعروف وذلك
ليس بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على ما مر واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك
العين بل يصير موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع
طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول انما يحتاج
الى المحل فيما لا ابتداء والبقاء فيه على سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك
العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني
ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره وعن هذا قلنا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع
على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح
فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع
ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها

عند ابى حنيفة رح لان العدة قد سقطت عنها عندى لفوات المحلية لان من كان فى دار الحرب فهو كالميت فى حقنا
وبقاء الشئ فى غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا يعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة
هناك باقية ببقاء محلها لانهما فى دار الاسلام الا ان باين الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا
ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف رح يقع الطلاق لان العدة باقية عنده **قوله** وهذا
يتوقف الفرقة صحيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء **قوله** ثم ان كان الزوج ظاهر **وقوله**
ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هى المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها لا الى ما يليه لان المسلم اذا كان
غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا يجب النفقة على زوجها فى لا يرتاب احد فى عدم وجوب النفقة فى المرتدة
اذا كانت غير مدخول بها **وقوله** لان الفرقة من قبلها يعنى وكانت كالناشزة ولا نفقة لها **قوله** وان ارتدا
معا واضح ووجهه ما روى ان بنى حنيفة وهم حى من العرب ارتدوا بمنع الزكوة وبعث اليهم ابو بكر الصديق
الجيوش فاسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة والصحابة رض متوافرون فحل ذلك محل الاجماع بترك يرالعقبات
فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد وقع منهم معا لجهالة التاريخ فان
التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شئ على شئ وانما يجعل فى الحكم كانه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما
بعد الارتداد اى بعد ارتدادهما فسد النكاح لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم
ثم ان كانت المراة هى التى اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شئ لها لان
الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الاخر كانشاء الردة ٥

باب القسم

لما ذكر جواز تعدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل
الوارد من الشارع فى حقهن فى باب على حدة لكن اعتراضنا بهوامه با لذكر من بيان جواز النكاح وعدمه
الراجعين الى امر الفروج وغيرها مما اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال
بين الشركاء فرق بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع فى اكثر النسخ واذا كان للرجل
امراتان بتذكير كان مع اسناده الى المؤنث الحقيقى لوقوع الفصل كما فى قولك حضر القاضى اليوم امراة
وكلامه واضح **قوله** ولا فضل فيما دونها يعنى بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما رويناه
من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعى رح ان كانت الجديدة بكرا فضلها بسبع ليال وان
كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابى هريرة رض ان النبى ع م قال يفضل البكر بسبع والثيب
بثلث والحاصل ان الاختلاف فى موضعين فى الفرق بين البكر والثيب وفى تفضيل الجديدة على القديمة
فنفى المص رح الاول بقوله ولا فضل فيما دونها والثانى بقوله لاطلاق ما رويناه وما رواه محمول
على التفضيل بالابتداء دون الزيادة كما ذكر فى حديث ام سلمة رض انه ع م قال ان شئت سبعت لك و
لهن ونحن نقول للزوج ان يبتدئ بالجديدة ولكن بشرط ان يسوى بينهما ولان القسم من حقوق النكاح
كالنفقة ولا تفاوت فى ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية وان العنة والرتقا
والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة لمساواتهن فى سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك فى حق
الرجل المجبوب والخصى والعنين والغلام الذى لم يحتلم اذا دخل بين امراتين يجب عليهم القسم **قوله** والاختيار
فى مقدار الدور للزوج ظاهر **قوله** بعد ذلك وهذا لان يعنى ما روى من علي رض انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث

ولم يرو عن احد بخلافه فحل محل الاجماع **وقوله** ولان حل الامة انقص من حل الحرة يدل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة
ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضعه اصول الفقه فلا بد من اظهار النقصان فى الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبة
والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قايم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة **قوله** ولا حق لهن فى
القسم حالة السفر هذا الكلام يشتمل على ثلث مسائل احديها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعى مستحقة والثانية
انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات ان يحتسبن تلك المدة او لا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له
وهو بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يقع كانت مدة سفره نوبة التى كانت معه فينبغى ان
يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية فى وقت استحقاق القسم عليه وفى
حالة السفر ليس بمستحق فلا يجب التسوية ولا يكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان بعضهن ان رضيت
بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت فى ذلك فكذلك وكلامه واضح **قوله** لانها اسقطت حقا لم يجب بعد
فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما يكون فى القايم لان ما ليس كذلك كان الرجوع فيها امتناعا لا اسقاطا
فكان بمنزلة العارية والمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فكذا هذا والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لم يذكر ههنا مسايل الرضاع فى فصل المحرمات وافرده
بكتاب على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره سبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشوز
العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق فى حرمة المصاهرة وكما ان الاعلاق امر خفى ولا سبب ظاهر اقيم مقامه
وهو الوطى كذلك نشوز العظام وانبات اللحم امر خفى لا سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه والرضاع
بفتح الراء هو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدى وفى الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص
وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدى شخص مخصوص وهو ثدى الادمية فى وقت مخصوص على ما يذكر بعد
وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال الشافعى رح لا يثبت التحريم
الا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا يحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة
ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه
يدل على ان القليل منه غير محرم ولما ان يكون محصورا فى خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى
به مذهب خصمه يثبت مذهبه لعدم القايل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلث رضعات
مشبعات ولو تمسك بحديث عايشة رض كان فيما انزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات
معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلعم كان ادل على المطلوب لكن قولها مما يتلى بعد رسول
الله عليه السلام يضعفه لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتى ارضعنكم **قوله** عليه السلام يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل بين قليله وكثيره والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على انه
وقوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره تحريم الرضاع
باعتبار انشاز العظم وانبات اللحم وليس ذلك فى القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت بشبهة البعضية
الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع **قوله** وما رواه جواب عن
استدلال الخصم بان ما رويتم اما مردود بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله او
منسوخ ان كان بعده والاعتبار بالاتيان الاحياء وفى التنزيل ثم اذا شاء انشره ومنه لا رضاع

انهما انشر العظم وانبت اللحم اى قواه وشدده كانه احياه ويروى بالراء كذا في المغرب وقوله وينبغي ان يكون
في مدة الرضاع ظاهر وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الى حال باعتبار تحول الحول الموجب لتغير الطباع
ولا بد من الزيادة على الحولين لما سبق يعني وجه قول ابي حنيفة رح فيقدر اي الزيادة به اي بالحول ولهما قوله
تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال ثلثين شهرا ومدة الحمل ادناها
ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفة رح هذه الآية يعني قوله وحمله
وفصاله ثلثون شهرا ووجهه ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو قوله
ثلثون شهرا فكان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول
لفلان علي الف درهم وخمسة اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحد من الدينين بكمالها الا
انه قام المنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين
ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بانه
الكتاب مأول فان عامة اهل التفسير رحمهم الله جعلوا الاجل المضروب للدينين منوزعا عليهما فلم يكن دلالة
الكتاب على ما استدل به المص قطعية ويؤيده ما روي ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فجيء بها الى
عثمان رض فشاور في رجمها فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول
وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله
حولين فتركها واذا لم يكن ذلك وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين
دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية باية مؤولة ولا بعد فيه ولانه لا بد من تغير
الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل بغيره ابقاء الحيوة وذلك اي التغير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها
غيره لان الفطام عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وبهذا يبطل الذي ورد عن المص لو تركه قدره
بسنة كما في العنين وقدرناه بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين تغاير غذاء الرضيع فان
غذاء الجنين كان غذاء امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لان غذاء الرضيع
اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لا بد من تغير الغذاء
بستة اشهر فلا بد من ستة اشهر قوله والحديث محمول يعني قوله عليه السلام لا رضاع بعد الحولين محمول على نفي
الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لا رضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد حولين وقال بعضهم
نفي استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل
حتى لا يستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله عليه السلام لا رضاع لنفي الجنس
وجنسه قد يوجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملا فلم يكن حجة علينا وعلى الاستحقاق
يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين بدليل قوله
بعد فان ارادا فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق
به لانه لا اثر للتراضي في اباحة المحرم شرعا وقوله واذا مضت يعني واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم
سواء فطم او لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة رح حتى لو فطم صبي قبل الحولين
او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفة رح ثم ارضعته امراة قبل ان يمضي عليها مدة الرضاع تثبت بظاهر النصوص

وهو فاسد لان المذكور في ظواهرها الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا روي ان ابا موسى
الاشعري رض سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسالوه عن ذلك فقال اترون هذا الا
رضيعا روي ان ابا موسى الاشعري رض سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسالوه
عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم
وقد اتفقت الصحابة على هذا قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
لما روينا من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المص وهو واضح وقوله الا ام
اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز
له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له اخت من النسب ولها
ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل
ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امراة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز
لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضيعا قوله لما روينا اشارة
الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن
المتبنى كانت حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع او لاسقاطهما جميعا
وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط اجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث
المشهور وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع الحديث فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع
بين موجب الكتاب والسنة المشهورة قوله من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكذا
واضح وقوله عليه السلام لعائشة رض ليلج عليك افلح لانه عمك من الرضاعة دليل واضح على ذلك فان عائشة رض
ارضعتها امراة ابي القعيس وكان اسم اخ ابي القعيس افلح فلما كانت تلك المراة امها كان زوجها ابا لها
واخ الزوج عما لا محالة وروي انها قالت يا رسول الله ان افلح ابن ابي قعيس دخل علي وانا في ثياب فضل
فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما ارضعتني المراة لا الرجل فقال انه عمك من الرضاعة ولا يكون
الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا فان قيل اقام
مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثل ذلك او دونه لا محالة وهنا لو ارتضع الصبي من ثدي الرجل
نفسا اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن الحاصل
من نفسه اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان معنى الذي لاجله يثبت الحرمة بسبب الرضاع
لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما ينزل من ثدي الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير
وطي الميتة فانه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي لبن الفحل
لئلا يتوهم ان المراد به ما ينزل من ثدي ليعلم ان المراد به ما ينزل من المراة بسبب الولادة او الحمل من زوجها
حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المراة خاصة لا لبن الفحل وان كانت تلك
المراة تحت زوجها وليس حل الوطي سببا الاحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامراة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن
صبية كان لبن الفحل لا يحل للزاني هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابنائه واولاده
لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني قوله ويجوز ان يتزوج الرجل الخ وقوله وكل صبيين اجتمعا

غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحد اي ثدي امراة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع
بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك تختص بلبن الادمية دون
الانعام قوله ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول
وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية من ولد التي على بناء الاضافة هذا هو الاصل من الشيخ وفي
نسخة اخرى ولا يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا
صحيح فكان كلاهما بخط شيخي ونسختان اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة
كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذين التقديرين لا بد وان يكون من الولد الذي ارضعته معرفا
باللام وكلامه ظاهر وقوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب فمن محمد رح الغلبة قال انه لم يغير
الدواء اما اللبن يثبت الحرمة وان غير لا يثبت وقال ابو يوسف رح ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان
غير احدهما يكون رضاعا وقوله خلافا للشافعي رح فعنده اذا اختلط مقداره بحصل به خمس رضعات من
اللبن في جب من الماء فشرب الصبي ثبت به الحرمة هو يقول اللبن موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس
لا ينكر ونحن نقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا
مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع
وان اعتبرت جهة الحقيقة يثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض يرجح الحرمة احتياطا
اجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم يثبت
المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة وكان الترجيح لمعنى
راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالفضل
الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان
الحرمة بالرضاع امر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمنا لكن تعارضهما بترجيح احدهما راجع
الى الذات والاخر الى الحال والاول اولى وموضعه الاصول ويؤيده ما ذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم او الخمر
في جب من الماء لا تنجسه وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا
في عشر وما دونه في حكم القليل فلم يكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت مرجوحة معه قوله واذا اختلط اللبن
بالطعام فانه وقوله لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا
فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا بالطعام وان كان غالبا لا يسمى لبنا
مطلقا قوله فصار كالمغلوب فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب
فلا لانه ليس موجود والجواب ان هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله هو الصحيح احتراز
عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة رح ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كان
يتقاطر منه فيثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة
والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغدي بالطعام لانه هو الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغدي
الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل
غالبا والدواء يخلط به لتقويته على الوصول الى ما يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء اقوى

على الوصول

على الوصول وجب ان يستوي الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه محرم قلت النظر ههنا الى المقصود فاذا كان غالبا
كان القصد الى التغدي به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتيسير الدواء
يلوح الى هذا قوله واذا اختلط دون اختلط قوله لان اللبن يبقى مقصودا قال واذا اختلط اللبن
بلبن شاة صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف رح في المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك
لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب في البحر ووجه قول محمد رح وزفر ان الغلبة ههنا غير مفسدة
لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة
المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم تعد الغلبة كانا مستويين وفي
المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فيثبت الحرمة بهما جميعا وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان
في رواية قوله كقول ابي يوسف رح قال الاتقاني في قوله في رواية كقول محمد وزفر رحمهما الله واصل المسئلة
في الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وهو غالب وهو على
الخلاف عند ابي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشيء لا يكون جنسه
مستهلكا قوله واذا نزل للبكر لبن فهو طاهر واذا حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي يتعلق به التحريم
لكن فيه قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت كان قوله كقولهما على الاظهر هو يقول الاصل
في ثبوت الحرمة هو المراة لان الحرمة يثبت بينهما ثم يتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها
لعدم القابلية ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم يبق محلا لها حتى يتعدى
الى غيرها ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن لان
الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما انه لم يخرجه عن ذلك والقابلية لم تختص بظهور الحرمة فيها
بل نظيره في الميتة دفنا وتيمما بان كان للمرضعة التي اوجر لبن هذه الميتة في فيها زوج فان لهذا
الزوج ان يدفن ويتيمم الميتة لانه صار محرما لها حيث صار ام امراته قوله واما الحرمة جواب عن قوله
ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة بمعنى ان حرمة المصاهرة بالوطئ انما يثبت بملاقاة المحل الحرث ليثبت
به الجزئية ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا قوله واذا احتقن باللبن قال في النهاية صوابه حقن لانه
يقال حقن المريض دواءه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم تعديه على ذلك في سوق الرضاع
واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن
فجعل متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر
قوله وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل
لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب
فلهذا اختص اللبن على التحقيق ممن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور
منه الولادة اذا تاملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهي التي يكون اذوبا لا ممن
غير الادمي مما هو ثابت بالاستقراء ولم يتخلف وهو دليل على ان ما في الادمي من الذكر ليس بلبن على التحقيق
كدم السمك قوله واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم
باعتبارها وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسماعيل البخاري صاحب الاخبار كان يقول

يثبت بحرمة الرضاع فانه دخل بخارى فى زمن الشيخ ابى حفص الكبير رحمه الله وجعل يفتى فقال له الشيخ لا تفعل فانك
لست هنالك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتى عن هذه المسئلة فافتى وحكم بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا

قال فاذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة اذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الصغيرة حرمتا عليه لانه
يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا اما الكبيرة فلان حرمتها مؤبدة وكذلك
الصغيرة ان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز له التزوج بالصغيرة لانها ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل
بالكبيرة فلا مهر لها تعمدت الفساد او لم تتعمد لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر
لان الفرقة لم تجئ من قبلها فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهو فعلها فلم لا تضاف الفرقة اليها اجاب بقوله
والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا فى اسقاط حقها الا يرى انها لو قتلت مورثها لم
تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها
ولا يقضى لها بشئ من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها
حقها ولم يلتزم ان كل ما لم يقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها امر اخرجها عن محلية النكاح
كالردة الحاصلة بتبعية الابوين اسقطت حقها ويرجع به اى بما ادى الزوج من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة
ان كانت تعمدت الفساد بان قصدت بالارضاع افساد النكاح وان لم تتعمد بان قصدت دفع الهلاك
عنها جوعا فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها فى الوجهين جميعا
يعنى فى تعمد الفساد وعدمه لان من اصله ان السبب كالمباشرة ولهذا جعل فتح باب القفص و
وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف فى الاصول وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذا
فى التسبيب والصحيح ظاهر الرواية وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج
اذا بلغت حد الشهوة وذلك يجرى مجرى الاتلاف فى ايجاب الضمان لكنها مسببة فى ذلك التاكيد لا مباشرة
اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا لانه وضعت لتربية الصغيرة لا لافساد النكاح وانما
يثبت الافساد باتفاق الحال بتاديته الى الجمع بين الام والبنت فى ملك رجل نكاحا او لان افساد
النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم فى نفسه لانه ليس بملك عين
ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك ضرورى يظهر فى حق
بل هو سبب لسقوط لان ما يفوت به المبدل يفوت به البدل ايضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة
فى تاكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الرضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر ولئن
ان الارضاع افساد النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر ايضا فان قيل اذا لم يكن
سببا للالزام كيف وجب على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على الزوج
فى باب المهر والمتعة يجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن
من شرط وجوبه اى وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط وهى مسببة واذا
كانت مسببة فيشترط فيه التعدى كما فى حفر البئر وانما يكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع
مفسد وقصدت به الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به
لكن وجدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا يكون متعدية لكونها مامورة بذلك اى بالارضاع لدفع

الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع فى دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا
فى حق عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا اى اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم
وتقريره ان الحكم الشرعى وهو وجوب الضمان يعتمد التعدى والتعدى انما يحصل بقصد الفساد والقصد
الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار
الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار
الجهل لدفع الحكم قلت نعم ذلك ضمنا فلا معتبر به **قوله** ولا يقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات
اى عن الرجال الاجنبيات كن او امهات احد الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعى رحمه الله تقبل شهادة
اربع منهن وقال مالك رحمه الله تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعى ان الرضاع يكون
بالثدى ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة اربع منهن شرط فى ما لا يطلع عليه
الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم يحل لهم النظر الى
ثديها ووجه قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه
ذبيحة المجوسى فانه ينبغى للمسلم ان لا ياكل منه ولا يطعم غيره لان الخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك
فيثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بايعه ولا يحبس الثمن عن البايع
ولنا ما ذكره فى الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيانه والله اعلم بالصواب

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متاخرا عن النكاح طبعا اخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع
والطلاق فى اللغة عبارة عن رفع القيد وفى عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعى يرفع القيد النكاحى بالفاظ
مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة فى النكاح او عدته التى يصلح
لها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل بالطلاق واقسامه ما نذكره

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عليه السلام لعن
الله كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء
وقوله تعالى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وامثالهما واقسامه ثلثة حسن واحسن وبدعى
على ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر **قوله** ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها
فى العدة وبعضها بتجديده من غير استحلال ولا قل ضررا بالمرأة حيث لم يبطل محليتها نظرا اليه لان اتباع
المحلية نعمة فى حقهن فلا يتكامل ضررها بالايحاش **قوله** ولا خلاف لاحد فى الكراهة اى فى عدم الكراهة يعنى لم
يقل احد بكراهة هذا الطلاق **قوله** لان الاصل فى الطلاق هو الحظر لانه قطع النكاح الذى هو سنة فيكون
محظورا **قوله** والاباحة لحاجة الخلاص اى لضرورة التخلص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع
وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله عليه السلام فى حديث ابن عمر رضه وهو ما روى
البخارى وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رضه انه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلعم
فسال عمر بن الخطاب رسول الله صلعم عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض
ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النساء
واشار به الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ان شاء امسك بعد وان شاء طلق خير بين الامساك

والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا شروح ما في الكتاب ولنا عموم
ما روي ان رسول الله عليه السلام قال لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل
الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة قوله فلان الحكم يدار على دليل الحاجة بيان لان الاصل في الطلاق
الحظر كما قاله مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب
النفرة امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع
مقامها فكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار
قوله ثم قيل اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل
العدة وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو
اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاظهر ان يطلقها
كما طهرت جعل هذا اظهر لان محمدا رحمه الله قال في الاصل وان اراد ان يطلقها ثلثا طلقها واحدة اذا طهرت من
الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق
وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح يعني في حد ذاته وانما قلت
ذلك لئلا يرد على تحريم الطلاق في حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام
عنده ايضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق وكل ما هو
مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق في حالة
الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق وكذلك
المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس امر العدة عليها لانه
اهي حامل فتعتد بوضع الحمل او حائل فتعتد بالاقراء ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل
مباح ولنا ان الطلاق في الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين
الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكن والازدواج واكتساب الولد فكان هو كذلك
ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع الا انه ابيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلث فان
قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار اجاب بقوله وهو اي الحاجة في
المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما
تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يجوز
وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع
النكاح بالاول غير متصورة اجاب بقوله والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال ان يكون سيئة
الاخلاق بذية اللسان فيسد الزوج باب التدارك مع صفاته عن بعض الندم قال فخر الاسلام
وعلى هذا يجب ان يباح الثلث جملة لكنها علة تعارض النص فلم يؤثر والحق انه اراد بالنص قوله تعالى
الطلاق مرتان فانه يدل على انه مفرق ويجوز ان يراد قوله عليه السلام لابن عمر ان من السنة ان يستقبل الطهر
استقبالا الحديث قوله والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه ان المشروع
لذاته لا يجوز ان يكون محظورا لذاته اما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوت

مصالح الدين والدنيا فلا ينافي اذ ذلك كالبيع وقت النداء والصلوة في الارض المغصوبة وقد قررناه
في التقرير وكذا ايقاع ثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلث قوله واختلفت
الرواية ظاهرة قال والسنة في الطلاق من وجهين السنة في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت
والاخرى في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها وهي ان لا يزيد على
الواحدة وسمي الواحد عددا مجازا لكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه والسنة في الوقت تثبت في حق
المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى دليلها وهو
الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة و
بالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها
شيئا فالرغبة باقية سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنة اي وقت كان
خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها قوله قلنا والاصح وعورض بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص
فان قوله عليه السلام لابن عمر انما السنة ان يستقبل الطهر باطلاقه يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس
بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها لا يقال خصوص السبب واجب بان الخصوص لم يثبت
لخصوص السبب بل بقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها وان كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان
يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في
حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر
واللائي لم يحضن يعني ان اشكل عليكم حكم اعتداد هاتين الطائفتين فحكمهن هذا قوله واللائي
لم يحضن مبتدأ وخبره محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلثة اشهر وقوله والاقامة في حق الحيض
خاصة قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض اصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض
والطهر كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض اصحابنا ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة
الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر
به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا
يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر
وفيه بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب النهاية ان الشهر لما اقيم مقام الحيض فاذا وقع الطلاق في
اي شهر كان من الاشهر الثلثة كان موقعا الطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض والثاني ذكره
بعض الشارحين وهو ان الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلثة اشهر مقام ثلث حيض بل يكفي
اقامة شهر واحد مقام ثلث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلث حيض يحصل في شهر واحد لكن
اللازم منتف فينتفي الملزوم واجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض
وما قام مقام الشيء لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان مثله لا قائما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء
خاصة الا ترى ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا
عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن الثاني
ان الشرع اقام الاشهر مقام الحيض تنقضي بها العدة وهي انما تكون في ثلثة اشهر غالبا فاقيم الاشهر مقام الحيض

التي كانت توجد فيها ولم يقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى لشهر واحد ولم يظهر لي فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما اجمعوا على ان في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير تعرض الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلث حيض انما كان ليتحقق عدد الثلثة لا لذات الطهر على ما ذكره في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشئ كما ترى لان الزام الحجة على احد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم قال ثم ان كان الطلاق في اول الشهر اذ كان ايقاع الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التوقف اى في حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة نو لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات على ما سيأتي ويجوز ان يطلقها اى الآيسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلواني وكان شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرتجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا ننافيه بين قول المص لان الافضلية لا تنافي الجواز وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض في حق من لا تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطيها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اى في التي تحيض فيها من الآيسة او الصغيرة والكراهية اى كراهية الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لانه عند ذلك يشتبه وجه العدة فلا يدرى ان انقضائها يكون بوضع الحمل او بانقضاء الحيض **قوله** والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكره جواب عن قوله ولان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيجب عدم الفصل بين وطيها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطي والطلاق لذاته وانما ثمرته ان لا يقع الطلاق اصلا او لا يكره كما تقدم واما المدخل في ذلك لدليل هو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فبقي الحكم القائم على الدليل وهو الفصل **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع وامتنع **قوله** ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة يعني في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس رضه اى لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها في حقهن كالقرء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا ترى ان انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتد طهرها فانه لو طهرها وان استمر شهورا فهو فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه ولنا ان اباحة الطلاق في الحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن النفقة عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في الآيسة والصغيرة وهذا اى كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها

فاذا وجدا ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا **قوله** بخلاف الممتد طهرها جواب عن قياس محمد بالفرق فان هناك لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في حقها الطهر اى تجدده وهو موجود فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض قال واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض اذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة عليها فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فيطول العدة عليها نقل صاحب النهاية عن شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من صيغة الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن اى لاطهار عدتهن او الامر المذكور في قوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها لان الامر لما كان مامورا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وكان طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة بعبارته قال المص ثم الاستحباب قول بعض المشايخ ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب على الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر وقيل الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر ان يامر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كان النبي عليه السلام امر بذلك فيثبت الوجوب ويجوز ان يقال فليراجعها امر لابن عمر فيجب عليه المراجعة **قوله** ورفعا للمعصية معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثرها اى اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة **وقوله** قال يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد الرجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال المص وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما والمص ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم ان رسول الله عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلقها قبل ان يمسها وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر رضه انه عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المص الى بيان وجهها بالمعاني الفقهية وهو ظاهر **وقوله** ومن قال لامرأته وهي من قد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة فاما ان يكون من ذوات الاقراء او لا وكل واحد منهما على وجهين لانه يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى ان تقع الثلث الساعة او عند كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض او حالة الطهر وكذا في كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهو ضد السنة وضد الشئ لا يراد ولنا ان اللام اى في قوله للسنة للوقت والسنة يكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة

وإذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعاً لان وقوع الثلث دفعة او في حالة الحيض مذهب اهل السنة فهو سني من هذا
الوجه ومن حيث انه عرف بحجة وقوعه بالسنة وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه قال من طلق امرأته الفا بانت منه بثلث
والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح اي وقع صح الايقاع فكان
سنياً وقوعاً وايقاعاً وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم
شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية
ولهذا قال سني وقوعاً وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد
شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما بينا قيل هذا ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض وان نوى
ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافاً لزفر لما قلنا انه سني وقوعاً واذا قال انت طالق للسنة ولم
ينو على الثلث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في الحال وان كانت حائضاً او في طهر جامعها فيه لم
يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة
بالسنة المعرفة باللام وهي ثلث وان نوى ثلثاً جملة قال المص لا يصح قيل وهكذا ذكر فخر الاسلام وصدر الشهيد
وصاحب المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان نية الثلث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام في قوله
وقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت
ظرفاً للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه
لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا يصح نية الثلث بخلاف ما اذا ذكر ثلثاً لان الثلث مذكور
صريحاً فيصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ان نية الثلث صحيح جملة
كما لو ذكر ثلثاً لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها
في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلق الثلث في ثلثة اطهار فاذا نوى الثلث فقد نوى احد نوعي التطليقة
المختصة بالسنة فيصح نيته كما لو قال انت طالق ثلثاً للسنة او طلاقاً للسنة كذا في بعض الشروح وفيه
نظر لان المدعي وقوعها جملة ودليله يدل على التفرق على الاطهار كما ترى ونقل قاضي خان في الجامع الصغير
عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلثاً وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم
وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعل سبب اختيار المص عدم الوقوع جملة فصل
لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع
ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق
الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف
بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان
الاهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به ما هو الخالي
منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتد له قبل البلوغ فلا يعتبر
فيه معتبر والنائم عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار وطلاق المكره واقع خلافاً للشافعي
هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف
الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجوداً وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر

ذلك

ذلك الا ترى ان من اراد ان يقول لامرأته اسقيني فقال انت طالق وقعت وان لم يكن مختاراً في الحكم لكونه مختاراً في التكلم
ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته اي حكمه لسند يلزم تخلف الحكم عن علته
قوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرهاً فانه لغو لكونه خبراً يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف
على رأسه دليل انه كاذب فيه والخبر عنه اذا كان كذباً في الاخبار عنه لا يصير صدقاً وقوله في حال اهليته احتراز
عن الصبي والمجنون وتقريره ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين
الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد
ايقاعه كذلك لا يعرى عن حكمه كما في الطايع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته ان يتخلص
عما توعد به من القتل او الجرح قوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختاراً لما كان له حق
فسخ العقود التي باشرها مكرهاً من البيع والشرى والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض
بحكمه فكان له فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب
دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد والهازل له
اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل
اختياراً كاملاً في السبب اما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلاً فكان اختيار الهازل
ايضاً غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالآخر جايزاً وطلاق السكران واقع
واختيار الكرخي والطحاوي عدمه والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحاً
لانه جعل العقل زايلاً بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان
المغلوب كالمعدوم اطلق الزوال مجاراة للخصم حيث لم يمنع ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب المسكر
كسفر المعصية فما بال السفر صار سبباً للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقياً في الطلاق
حكماً زجراً لكانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة هنا اتم واجيب عن الاول
بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقياً
زجراً بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وامكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء وكان جهة
اباحة تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان ما ذكر في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد
بما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود فان السكران
لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعاً عما اقر به فيورث فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بمعصية اشارة الى شيئين
احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظوراً واما من
سكر من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا اكره على شربها فالعقل بمنزلة الاغماء في عدم وقوع الطلاق
والعتاق وكذلك يقول حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه لانه لم يكن زواله
بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب وزوال العقل اثر الصداع وكان علة العلة والحكم يضاف اليها
كما يضاف الى العلة فما بالهم لم يكن كذلك اجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم يكن العلة صالحة
للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن وقوله وطلاق الاخرس
واقع ظاهر وقوله طلاق الامة ثنتان اشارة الى ان الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال بقوله

الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس
على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث العدد تحقيقا
للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله تعالى ولقد كرمنا
بنى آدم الآية ومعنى الآدمية في الحر اكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة والخلوص عن معنى المالكية
التى يجعل المملوك في فوق البهائم لمن ورا فكانت مالكيته ابلغ فان قلت الدليل اخص من المدعى لان المدعى
ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل ان الزوج اذا كان حرا كان له الكاملة اذا ثبت ذلك
للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها
حيضتان ووجه الاستدلال انه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثمة معهود فكان للجنس فيقتضى
ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتان فلم يبق اللام
للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديثين اجيب بانه يفضى الى ان
يكون الهاء في عدتها عايدا اليها فيكون تخصيصا لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس
كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب
الاستخدام يكون المراد بالامة تحت عبد والضمير عايدا الى مطلق الامة والجواب ان ذلك تخطئة
لا يجدى في مقام الاستدلال ولان حل المحلية اى حل ان يكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لانها تتوصل
بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف
بالرق فان للرق اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنتين فكذا في
حق النساء فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك مقتضى قول على وابن مسعود قوله وتأويل
ما روى يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره اجيب
بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها فرفع
ذلك بقوله الطلاق بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه
على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على اصل الحرية وكان
يجب ان يملك النكاح بدون اذن مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الآدمية
لكن لو نفذنا به تضرر المولى فيه فتركناه لاجله والله اعلم بالصواب

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق متنوع الى التطليق
على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك بها يقع طلاق رجعى لكونه من الالفاظ
صريحة والصريح يعقبه الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان
الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ورد بانه قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه واجيب
بان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهي لا تترك الا بدليل واما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل الملك
كالبايع جارية بالخيار له وللمشترى فانه لم يثبت الملك فيها للمشترى ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان
لم يزل عنها ملك البايع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة
الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية قوله وكذا اذا نوى الابانة

معطوف

معطوف على قوله وان يعقب الرجعة يعني انه يعقب الرجعة ان لم ينو شيئا وكذا ان نوى الابانة لانه خالف الشرع
حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان الامساك
بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا
والامساك ابقاء الشيء على ما كان فادامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة
بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل ان يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة
بالانقضاء جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال ان الطلاق ثابت انقضا
والمقتضي مردود والمستردة تندفع بالرجعة فلا حاجة الى البائن كان اسلم وموضعه اصول الفقه قوله
فيرد عليه يعني قصده وتعزيز الحجة لانه قصد تقديم ما اخره الشرع الى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده
كما في قتل المورث اصله بقرة بنى اسرائيل ولو نوى الطلاق عن وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة
لم يدين في القضاء اى لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا
لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى المعنى بمتعارف فيما عليه فيه تخفيف وكذلك
لا تسع المرأة ان تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله لانه يحتمله اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في
الابل والوثاق ويحتمل ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اى بقوله طالق الطلاق عن العمل لم
يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو قبل اى المرأة بتا وقيل
الشخص او الذات وليس بشىء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع
القيد النكاحي والقيد النكاحي غير متقيد بالعمل فالطلاق ليس لرفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية
وروى الحسن عن ابى حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص فكان في
معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا يصدق ديانة
رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا
فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية قوله ولا يقع به
من كلام القدوري متصل بقوله وهنا يقع به الطلاق اى لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة الا
واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق
لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه ولهذا اى ولكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على
التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ يصح نيته ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق وكل ما هو
نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضد العدد لا يحتمل الضد قوله وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق
ذكر الطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون
بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل للرجل دون الاول لانه وصف وهو
تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكن يقتضي الثاني تصحيحا له فكان ثابتا ضرورة صحة الكلام والمقتضى
لا عموم له قوله والعدد الذي يقرن به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح قوله واما قوله
انت الطلاق واضح في القضاء بمنزلة قوله انت طالق من حيث ان قوله انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق
لما صح فيه نية الثلث كما لم يصح في انت طالق واجيب بان نية الثلث انما لا يصح في طالق لانه نعت فرد كما

وانما الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فلم في جانب المصدرية وهو فيه التلث ويغيره كلاسوجحة قوله
ولو قال انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى
فان لم تكن موطوءة لغى الثاني وان كانت موطوءة يصدق ويقع طلقتان رجعيتان لان كل واحد منهما صالح
للايقاع بتقدير المبتدأ في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق ولو اضاف الطلاق الى جملتها مثل قوله انت طالق
لان التاء ضمير المرأة وذكر هذا وان كان قد علم مما قبله تمهيدا لذكر ما بعده او الى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله
رقبتك طالق قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العتق قال الله تعالى فظلت اعناقهم
لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك طالق او رجلك
لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاذن
والشعر والظفر والسن لهما ان الجزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا
لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون محلا لا محله فاذا اضيف اليه
الطلاق يثبت الحكم فيه قضية لحق الاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان الجزء
المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا اضيف اليه ثم سرى الى الكل اجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف
اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فتمتنع عن السريان وفي
الامر على القلب يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء قوله ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله
ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد عليها دخل الاتباع كما في
شراء ملك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع اما ذكر التبع فلا يكون ذكر الاصل فان قيل سلمنا ذكر
لكن عبر النبي عليه السلام باليد عن جميع البدن في قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده اجيب بان
المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال اردت انها رضا جيها طلقت وانما الكلام
من حيث الحقيقة قال مشايخنا لانه صار اليه واذا قال لها راسك طالق وعني انصار الطلاق على الراي لا يبعد
ان يقول لا تطلق ولو قال يدك طالق واراد به العبادة عن جميع البدن لا يبعدان يقول بانها تطلق
واذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن
في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المص ره والاظهر انه لا يصح اي الايقاع
بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال ظهرك او بطنك على كظهر امي لا يكون
مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق
اذ نصف التطليقة او ثلث غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة
للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا قام الدليل على البعض
وهو مما لا يتجزى ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين
تطليقة فثلثة انصاف تطليقتين يكون ثلث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير
قال فخر الاسلام اتما اورد محمد ره هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفه لا يكون الا نصفين
كالقول بالثلثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذا تسمية الطلاق يعني اراد ثلث طلقات
واستعمله في ثلث ثلثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلثة

انصافها

انصافها يكون ثلث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة
لان ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او
مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال
والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة ره والاتصال موجود لانه ليس من باب
ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بينها اذا قال لها انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم يطلق
الا ثنتين ولم يقل قد اوقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع
على امراته ثلث مرات نصف تطليقة طلقت ثلثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم
فالفرق واضح لان الاجزاء التي اوقعها هناك وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع التطليقتين
نصف تطليقة وثلثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكل عن
وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلثة انصاف فلا وجه
لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان
وهو المنقول عن محمد ره وفي الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير
وقال العتابي ره هو الصحيح لان ثلثة انصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت
طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلثا لان كل نصف يكون تطليقة واحدة لان
الطلاق لا يقبل التجزية فيصير ثلثة انصاف طلقة ثلث طلقات لا محالة قال ولو قال انت طالق
من واحدة الى ثنتين اذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين فاما ان يدخل الغايتان وهو قولهما او لا يدخلا
وهو قول زفر ره او يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول ابي حنيفة ره والقسم الرابع وهو ان يدخل
الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد وجه قول زفر ره ان غاية الشيء لا تدخل فيه والا لم تكن غاية كما في
المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروي ان ابا حنيفة ره
حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن انت ابن تسع سنين فتحير زفر وروي
ان الاصمعي هو الذي حج على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامراته انت طالق ما بين واحدة الى ثلث
قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا يتناول الحدين فقال له ما تقول فيمن قال لامراته انت طالق ما بين
واحدة الى ثلث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا يتناول الحدين فقال له ما تقول في الرجل قيل له كم
سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين فتحير زفر ره وقالا استحسن في مثل هذا
على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشيء الواحد حدا وحد
لغى آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي انت طالق وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام
في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ره ان المراد بمثل هذا الكلام
الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين
ويريدون ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين
واجيب بانه يتمشى فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر اثنتان
وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام في الاقل والاكثر كلام المتكلم

والثلث يجري بذكره فيه واقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحد
الى ثلث وقوله من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحد
الى اثنتين وعلى هذا سقط الاعتراض قوله وارادة الكل جواب عن قولهما يريد به الكل كما يقال للغير خذ من مالى
من درهم الى مائة وهو ظاهر قوله ثم الغاية الاولى جواب عن قول زفر وهو وجه ان القياس ان لا يدخل
الغايتان كما ذكرنا ان الغاية الاولى لا تكون موجودة لانه اذا وقع الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب
عليه الثانية ووجودها بوقوعها قوله بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال بعت منك من هذا الحائط
ووجه ذلك ان القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها
واما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة فلا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها
والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لا بد من وجودها لضرورة الثانية ووجودها بوقوعها
ونوقض بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيه الى الاولى لوقوع الثانية
واجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق
بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة
الى ثنتين واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل
هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب
او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب معروف فيما بينهم ان واحدة في ثنتين
اثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لان الغرض به ان الكسر يقع منه النسبة
فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة
نصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه محتمل لان
الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف قوله ولو كانت غير مدخول بها وانوح وان نوى واحدة مع ثنتين وقع
سواء كانت مدخولا بها او لم يكن لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي عند بعض اهل
التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف من الجمع فاستعير لها ولو نوى
الظرف يقع واحدة لان الطلاق معنى شرعي لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني ولو قال انت طالق
ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب والضرب تضعيف احد العددين بعدد ما في العدد الآخر كالاربعة
في الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع مرات فهي ثنتان
وعند زفر هي ثلث لان قضيته ان يكون اربعا بعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار
للمذكور الاول لما بيناه يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال انت طالق
من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل
في القوة ووقوع الشيء انما يقتضي امتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل لانه
صرح بذكر الطول فقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف يصح تعليله بالطول اجيب
بانه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية اولى من التصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان
واقول هذه خطابية لانها لا تنتهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنه في هذه المسئلة روايتان

وهذا اقرب جعلنا الاول وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تغيير بالنسبة الى الاولى
ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص
بمكان دون آخر قوله وان عنى به انها اذا اتت مكة عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق
على ان لا يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقارنة اي لمناسبة بين الظرف والشرط لان الظرف يسبق المظروف لان الفعل
لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا فيحمل على الشرط لمقارنة اي لمناسبة بين الظرف والشرط لان الظرف يسبق
المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قال شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع
المشروط والله اعلم

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ذكر ههنا فصولا
متزادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه اضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير
كلمة الشرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح قوله ونوى التخصيص العموم وهو ان العموم يحتمل
التخصيص فكان نوى من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة لكنه مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء
النهار فلا يصدق قضاء ولقائل ان يقول العام ما ينتظم جمعا من الافراد استغراقا وهذا ليس كذلك
وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من اجزائه لا من افراده ومع ذلك لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم
ولا تخصيص والجواب ان المراد بالحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز ولا محالة ولو
قال انت طالق اليوم غدا ظاهر واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر واجيب بانه يحتاج الى التقدير
انت طالق والاصل عدمه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء
نوع ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا بالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة
الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق
غدا اليوم لانه وصف بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم اجيب بان ايقاع
الثانية فيما يفضي الى المكرر وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها فيكون الثاني لغوا
ولو قال انت طالق في غد على ما ذكر في الكتاب ظاهر قوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم
وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه قوله ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه اشارة الى
عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم يكن نيته مصادفة لحقيقة
كلامه وههنا صادفتها فيدين قضاء وديانة الا يرى ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء
صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا يحتاج
الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعد معرفة ان في غد لا
يقتضي الاستيعاب وهو حقيقة وغدا يقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين
آمنوا في الحيوة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه لا استيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه
ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة
بها بهذه الآية لان نصرة الله تعالى اياهم في الآخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات
لانها دار الابتلاء وكل واحد حقيقة في احدهما فهو مجاز في الآخر كما نصرتهم في الدنيا فاذا عرف هذا
فيكون نيته حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الحقيقة

قبل بيان نيته ان يكون مراده بقوله في عقد مجازه وهي الاستيعاب فاذا بينها قطع احتمال المجاز وموضع
اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع
لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانه لم يكن في ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف
اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلق ولانه امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح
فكانه قال لم اكن تاسرة في قيد نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر
لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير مقصود لان المطلق ان كان هذا الزوج فليس
بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج
فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي
يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية ويجاب عنهما
ان قوله انت طالق امس لمن تزوجها اليوم انما لغى لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او محمول على الاخبار
عن عدم النكاح مجازا فان دفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع
المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه منع صونا لكلام العاقل عن الالغاء
وقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعني ان هذه المرأة اما ان يكون مطلقة زوج آخر
اولا فان كان الثاني جعل قوله انت طالق امس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل
اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية
وهو واضح ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وهذا على الوجه الاول واضح ايضا واما على الوجه الثاني فانما يستقيم
اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج واما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج
دافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه قوله ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك وما بعده واضح قوله كما في قوله
ان لم آت البصرة يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع الياس عن الاتيان
فاذا انتهى الى الموت فقد وقع الياس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك ههنا وموتها
بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع
الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت
وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكم الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل
موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج
لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله انت
طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان في مسئلة
الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان التطليق وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فيطلق لوجود
الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا
يقع الطلاق قال ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك اذا قال لها انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم
اطلقك فاما ان نوى شيئا او لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في
آخر العمر لان اللفظ يحملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة يقع

لم تطلق

لم تطلق حتى تموت وقالا طلقت حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت ويستعمل للشرط من غير
سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت
الخالص في امر مترقب اي مستقبل لا محالة وبقوله واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب
لا فائدة في امر كائن في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى وحينئذ الى عدم سقوط معنى الوقت
عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ولهذا قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر
من يدها بالقيام كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان
ولابي حنيفة رح ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط تستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل
على ذلك بقول الشاعر فصيحة ابيه واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل
ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست موضع اذا وكانت بمعنى ان ولم
يستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة فان اريد
به الشرط لم يطلق في الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية
لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا
يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن ان يكون مخرجا للامر من يدها
والا لزم ان يكون الشيء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثمة ولو قال لها
انت طالق ما لم اطلقك انت طالق واضح وقوله موصولا لانه اذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسا
واستحسانا لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق قوله واخواته يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو
لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزع في الحال ونزل عنها لا يحنث وان كان اللبس القليل و
الركوب القليل موجودان وقت الاشتغال بالنزع والنزول وقوله ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت
طالق ههنا ثلثة الفاظ النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض خاصة واما الليل فللسواد خاصة
ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار خاصة وفي مطلق الوقت بالاشتراك
عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى
من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا بد من القرينة فيترجح احد
معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة
وغيرها فالصحة ان يقال لبست يوما او ركبت يوما او ساكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار
وهذا اليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت او
قدمت او دخلت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم
يومئذ دبره الآية فتحريم القتال الآية والمراد بها مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان
او نهارا قوله والطلاق من هذا القبيل يعني من قبيل انه ليس بممتد فينتظم الليل والنهار فيشير الى انه اعتبر
المظروف دون المضاف اليه لانه لتعيين المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يحمل عليه باتفاق اهل اللغة وكذا
اذا قيل عبدي حر وامرأتي طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده
ويطلق امرأته بقدومه ليلا ونهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف

اليه فيها لاستدامة المظروف في الثاني دون الاول واعتباره عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب
بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت
طالق وهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاخبار والامر باليد لان المظروف فان قيل انه
الممتد المضاف اليه في مسئلة يوم اكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد اجيب
بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ وح لا يختلف الجواب فيجوز اعتبار
لاستقامة الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة
كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها **فصل** لما كان اضافة
الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل اخر متنوعة وكان
حقها ان يذكر في مسائل شتى ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن
او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعي رح يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان الطلاق
وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذا النكاح
لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطي كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل
منهما في عقد النكاح والطلاق وضع لرفع الطرفين لا محالة وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليهما كما في الابانة
والتحريم وقلنا لا نسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها
دون الزوج الا ترى انها الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها
لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع
البدلان في ملك شخص واحد **قوله** ولهذا اي ولانها مملوكة سميت منكوحة اي واردا عليها ملك النكاح بخلاف
الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما الى
الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركان لا تحدا
في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فكذا الملزوم فانه اذا قال انا بائن او حرام ونوى الطلاق
وقع ولو قال انا بائن او حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك او عليك واجيب بان هذا الاختلاف
لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا يحل لها
غيره ما دامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت بائن او حرام واما الزوج فله ملك على غيرها
ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد من ذكر منك او عليك تعيينا للجهة **قوله** ولو قال لها انت طالق
واحدة او لا فليس بشيء ظاهر **قوله** ولا فرق بين المسئلتين يعني بين قوله انت طالق واحدة او لا وبين
قوله انت طالق واحدة او لا شيء في حق التشكيك في الايقاع او في حق الوضع **قوله** ولو كان المذكور هنا
اي في الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رح فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير انه لا يقع شيء
فكان عند محمد ايضا لا يقع شيء ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا
قال انت طالق واحدة او لا شيء ولا تفاوت بين الوضعين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه **وقوله**
لاي لمحمد رح انه ادخل الشك ظاهر **قوله** ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان الوصف يعني انت طالق
متى قرن بالعدد مثل ان تقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلاثا كان الوقوع بذكر العدد اطلق العدد على

الأبعد

الواحد مجازا من حيث انه اصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الايقاع
فح كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير قوله انت طالق او لا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق
فكذلك هنا واستوضح ذلك بقوله الا ترى وهو واضح **قوله** على ما مر اراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد
قوله فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية فقد تقدم تقريره مستوفى **قوله** ولان ملك النكاح ضروري بيانه ان
ملك النكاح اثبات الملك على الحر وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرأ عليه الحل القوي
وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين
فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه حل قوي ولا ضعيف
اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق
يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه يعني من حيث العدة لانها اثر من آثاره فلا يجتمع مع
وجود المنافي ولا لكان ملك النكاح باقيا من وجه ولا من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا
كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلق بقوله ولا بقاء وقيل لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا
من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي **قوله** لا عدة هنالك يعني في حق مولاها
الذي كان زوجها اي لا يظهر اثر عدتها بدليل حل وطئها واما العدة في نفسها فواجبة حتى انه اذا اعتقها
ليس لها ان تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها **قال** وان قال لها وهي امة لغيره ومن قال
لامرأته وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق
التطليق بالاعتاق او العتق وهذا الكلام يحتاج الى بيان انه تعليق مع عدم شيء من ادواته وانه تعليق
التطليق بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلما بينه المص بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر
الوجود والحكم تعلق به والمذكور يعني بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من الحكم
امر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا
واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينعقد فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه امرا
شرعيا ليس داخلا تحت قدرته واشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير
التصرف تطليقا عند الشرط عندنا يمنع علته العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه
تعليق التطليق بالاعتاق او العتق فلما قال لان اللفظ ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل
اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما ان العتق لما لم يتصور في غير القرب الا بالاعتاق كان من باب
ذكر الحكم وارادة علته واما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق
او العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق
يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم
تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقي عليه شيء وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية واجاب
عنه بقوله قلنا قد يذكر للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل
ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك
لا يصح الا بمعنى الاعتاق فما وجه الشق الثاني من الترديد والثاني انه على ذلك التقرير يجب ان يقع

طلاق من قبل الطاوهي اجنبية انت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى تصحيح نكاحك لكن لا يقع والجواب عن
الاول ان وجه النقل الى لفظ العتق ليتبين اثره فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف
الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بان العدول عن معنى القرآن الذي هو حقيقة
مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزا وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك
فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا
صيانة كلام من ليس كذلك واذا قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة
فجاء الغد حرمت حرمة غليظة لم يحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد زوجها يملك الرجعة كما في المسئلة المتقدمة واعلم ان دليل محمد على ما ذكر في الكتاب ليس بصحيح
ولا يقبل الاصلاح بالعناية وانما اذكر بتوضيح تبعا للمص قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق
المولى معنى يعني على وجه التعليق حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو
مجئ الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية بحكمها ايضا والعتق
يقارن الاعتاق لانه علته والحكم لا يتأخر عن العلة زمانا عند المحققين سواء كانت العلة شرعية او
اصلا الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق مقارنا للعتق لان التطليق مقارن للاعتاق
على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق لما ذكرنا انه علته لا متأخرا عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا
كله صحيح وقوله فيطلق بعد العتق فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن
الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن
لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كان العلتان والمعلولان معا وكان العتاق صادفها وهي
امة فكذلك التطليق فالطلقتان يحرمانها الامة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر محمد
ايضا ان قوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين وهما اي الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين
في زمان واحد في الوجود فيتقدم اوجزهما في الوجود وهو قوله انت حرة فيصادفها التطليقتان وهي
حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب لان قوله في زمان واحد ينافي قوله فيتقدم اوجزهما

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ذكر وصف الطلاق بعدما ذكر اصله وتنوعه

فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث
لان الاشارة بالاصابع تفيد العدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم لما روي عن ابن عمر قال
النبي عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى
خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض الجهال على محمد في
قوله سبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي عليه السلام فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلعم بماء فتوضأ فادخل
السبابتين اذنيه فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار
قوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت
بالعدد قوله والاشارة تقع بالمنشورة منها ظاهر قوله ولنا انه وصفه اي وصف الطلاق بما يحتمله لا

لا يرى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة يحصل به ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به فيكون هذا الوصف
لتعيين احد المحتملين واعترض عليه بانه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بائنة اذا نوى
وليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغيير المشروع
لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ويحتاج الى الفرق بين عدم جواز كون النية
مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع اجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في
اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وقيده
مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا لئلا يتغير المشروع
وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق قوله ومسئلة الرجعة ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل يقع واحدة
بائنة ولو سلم فالفرق ان في قوله ان لا رجعة تصريحا بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفها بالبينونة ولم ينف
الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاد شيخ شيخي
العلامة قوله فيقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت طالق بائن اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما
اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها
جنسا قوله تطليقتان بائنتان يعني عندنا وقياس قول الشافعي يقع تطليقتان رجعيتان قوله لان هذا
الوصف يعني قوله بائن او البتة يصلح لابتداء الايقاع فانه كان يقول انت بائن او انت البتة ونوى به الطلاق
وكذا اذا نوى به نية طلقة اخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله انت طالق انت بائن وكان ينبغي ان يكون
احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا
محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا كان الثاني بائنا وهذا
يشير الى ان الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا
وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان
اراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح قوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق
بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلث
فثلث ولو نوى بقوله انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى يقع تطليقتان وكذا الجواب في
قوله اخبث الطلاق او اشره او اشده او اكبره او اسوءه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف
باعتبار اثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف باثره
فصار كانه قال انت بائن فان قيل الافحش واشد ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا وافحش والفاحش
هو البائن والافحش نية الثلث فينبغي ان يقع الثلث به نوى او لم ينو اجيب بان افعل قد يكون
لاثبات اصل الوصف من غير زيادة كقوله الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور فيحمل على
المعنى الثاني وكلامه واضح لا يحتاج الى الشرح وذكر الاصل الذي يبني عليه اقوالهم وهو ايضا واضح
قوله وبيانه في قوله مثل رأس الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة خاصة على تقدير ان يكون محمد
مع ابي يوسف فيه وقيل مثل عظم رأس الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله
وقوله مثل الجبل يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد ان كان مع ابي حنيفة قوله مثل عظم الجبل

يقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فهو ظاهر للتشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم ولم
عدده فيكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله احكام جمة ذكره في فصل على حدة
بعد ما ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير الممسوسة انت طالق ثلاثا وقعن وقال الحسن البصري يقع واحدة بقوله
انت طالق وتبين بها لا الى عدة قوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال انت طالق وطالق
ولنا ما ذكره في الكتاب وهو ان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه يعني قبل عند
ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الى آخره وانما يقدر المصدر محذوفا لان قوله
نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل العدد والمصدر اولى بذلك لدلالة الوصف عليه
فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لزاد عدد الطلاق وهو
غير مشروع فيتضمن جملة وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك انت طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد
ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا يقع الثانية اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف
عليه لان الثانية صادفتها مبانة كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة ولو قال انت طالق واحدة فماتت
قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات
المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بيناه انه قرن الوصف بالعدد فكان
الوقوع هو العدد وهذه اي هذه المسائل الثلث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا
لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا توافق ما قبلها وهو قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا
قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده لان
الحكم اختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع
الطلاق اصلا وهنالك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة
وقع الثلث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف قوله ولو قال انت طالق
واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة
او بعدها واحدة واذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني
على اصلين ذكرهما المصنف في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده وان لم يقيد
كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فاذا قال
لغير المدخول بها انت طالق واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل اخرى فيفوت المحل ويلغو
الثانية واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للاخيرة فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال
والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان في الوقوع والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله
فيقتضي ايقاع الاولى وايقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانية
فتبين بالاولى ويلغو الثانية لفوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة وقعت ثنتان لان كلمة
مع للقران فيتوقف الاولى على الثانية تحقيقا للمراد فوقعتا معا وعن ابي يوسف في قوله معها انه يقع واحدة
لان الكناية تستدعي سبقة المكنى عنه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع قوله وفي المدخول بها يقع ثنتان

في الوجوه كلها اي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى قال ولو قال
لها ان دخلت الدار الخ اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او
اخره فان كان الثاني كما اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق
وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال ابو حنيفة رح
يقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينها فيتعلقن جميعا وينزلن جملة كما
لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فان تأخيره
لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحققه في الخارج لا يمكن الا باحد الوجهين
وعلى اعتبار الاول يقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها انت طالق
واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق وكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا
اخر الشرط لانه يغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكلما كان كذلك توقف صدر الكلام عليه فيتعلق
جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالاولى فلا يقع الثانية ولم يجعل من التنصيص
بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب قوله ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي
فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فيتعلقا كما في صورة الواو
سواء قدم الشرط او اخر عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب
وهو الاصح قال واما الضرب الثاني فهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في
بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها ان لا يجب العمل بها الا بالنية او بما يقوم
مقامها من دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل يحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ثم الكناية
على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة فالاول ثلثة الفاظ هي اعتدي واستبرئي
رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحد منها من احتمال المعنيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية او بما يقوم
مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح قوله لان قوله انت طالق فيها اي في
هذه الالفاظ الثلثة مقتضى اي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبرئي كما اشار اليه في قوله فيقتضي طلاقا
سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا قوله او مضمر يعني في قوله انت واحدة
قوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ يعني سواء قال انت واحدة بالنصب او بالرفع او بالسكون
قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة اما
رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ يكون صفة لشخصها وقيل هو قول محمد وعند ابي يوسف يقع في الاحوال كلها
لان نية الطلاق تعرف من الغرض وان اخطأ في الاعراب وان سكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين
والصحيح ان الكل سواء لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة في الكتاب
انه اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة اما وجوب
النية فلما ذكرنا من احتمال الطلاق وغيره الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع وان ادعى
الزوج عدم النية واما جواز نية الثلث فلان الواقع بها ان كان بائنا فالبينونة يتصل بالمرأة على نوعين الاتصال
وهما انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فيتعدد المقتضي على الاحتمال فصح تعيينه والمثنى

بعزلها عن ذلك قال المص ره سوى بعض المشايخ وقد سوى بين الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس على طلاقه بل انما ذلك فيما لا يصلح ردا فلا بد من بيانه وبين بقوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق بان تسأله عن ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي اذهبي اغربي قومي تقنعي تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجي اترك سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واغربي وقومي واما تقنعي من القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوي واقنعي بما رزقك الله مني من امر المعاش واتركي سؤال الطلاق او اشتغلي بالتقنع الذي هو اتم للتستر من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لا تهام الستر والخمار وما يصلح جوابا لا ردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري والخمسة الاولى يصلح للسب والشتيمة ايضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ يحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية لتعيين احد المحتملين والقول قوله في انكار النية مع يمينه وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهي الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهي الالفاظ السبعة المتقدمة قوله وما يجري هذا المجرى يريد به مثل اغربي واستتري لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم وهي ثلثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف ره انه قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم انو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه اربعة الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف ره بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها فيه فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لا اقل من ان تنسبي الى الملك او انسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك في المضجع لدرنك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك وحشي من ان تكوني خليلتي قال ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة وقال الشافعي ره يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود لان الواقع بها طلاق واحد لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية في الكنايات عن الطلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح فانه انما يكون معقبا للطلاق لكونه طلاقا ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل واما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة اليه شاهد دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المص احدهما قوله كيلا ينسد عليه باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وقوله باب التدارك اي تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو لم يقع البينونة عند نيته حتى انه لو وقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فيثبت الرجعة والزوج يريد

قرابها كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثاني وان جعلت الثاني للاول بالعطف عند النكرة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه وان افسد التفسير فيه المعنى والاولى ان يفسر قوله كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نادما عن المرأة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلثا ولا يرضى الا استحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولقائل ان يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة قد صدر من اهله الى محله فيكون صحيحا والمدعى ان هذه الالفاظ تصرف ابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل يدل على ان الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد يحتاج اليها لا بد منها وهو لا يمكن ان يكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين ان يكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة قوله وليست كنايات على التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكنايات عن الطلاق كالصريح انما يكون كالصريح في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها قوله والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب عن قوله ولهذا يشترط النية وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد قوله وانتقاص العدد جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا قوله انه يصح نية الثلث جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلث في قوله انت بائن مثلا كما لا يصح في قوله انت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلث لم يكن من حيث انه عامل بحقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن ولا يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر ره لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني انه اراد بايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا الى آخره قال وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي فهذه المسئلة يحتمل وجوها بيانا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شيء نوى بالاولى طلاقا لا غير وقع ثلث نوى الثانية طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى حيضا لا غير وقعت ثلث نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان ونوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت ثلث نوى بالاخريين طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلث نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثلث نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى الثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبناء هذه الوجوه على الانقضاء وعلى

مذاكرة الطلاق على ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبره ذلك والله الموفق وفي موضع يصدق في النية انما يصدق مع اليمين لانه امر في الاختيار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين باب تفويض

الطلاق لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره لان الاصل تصرف المرء لنفسه

فصل في الاختيار

وهذا الباب يحتمل فصول بالاستقراء فذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا فالقياس يقتضي ان لا يقع به وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيئا لا يملك تمليكه لغيره لكنا استحسنا ترك القياس لاجماع الصحابة لما روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم اجمعين انهم قالوا اذا خير الرجل امراته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع

قوله ولانه تمليك دليل معقول على ان الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكره صاحب النهاية ان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التابيد يتابد لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة والمص جعله كالبيع وكونه تمليكا ثم لا يخلو اما ان يكون البيع مما يتابد او مما لا يتابد فان كان الاول بطل القياس اعني قياس المص التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب النهاية ثم فرق صاحب النهاية بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المالك عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي ان يكون الوكيل عاملا لغيره والمراة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا واورد على ذلك شبها احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس وتملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا لورد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال لها طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث واجاب عن الاولى بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره واقول التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وبه يندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتواردا ملكهما عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم المراة اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال علي رضي الله عنه يقع تطليقة رجعية كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما ناخذ بقول عمر وابن مسعود انه لا يقع في ذلك شيء قالت عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فهي واحدة بائنة عندنا وهو قول علي رضه لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يقع ثلث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم قوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا الذي يختص بذكر النفس حتى ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة عند ذكر النفس في احد الكلامين فكذلك يقع

بذكرها يقوم مقام النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح قوله حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل قبل اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين قوله ولا تعيين مع الابهام يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام قوله ولو قال لها اختاري نفسك ظاهر قوله فيتضمن اعادة اي اعادة كلامه كانها قالت اخترت ما امرتني باختياره وهو النفس قوله وكذا لو قال اختاري اختيارة يعني ان الاختيارة تقوم مقام النفس في التفسير لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد وكونها الفرد والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتعدد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري نفسك ما شئت او بثلث فصار معتبرا من جانبها بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد ولكونه عبارة عن ابقاء الطلاق النكاح وهو فيه متحد قوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المراة معتبرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني ان ارادت الاستقبال او يحتمله ان لم ترده فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع الطلاق بهذا وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا بدأ رسول الله عليه السلام بعائشة فقال اني مخبرك بامر فلا تجيبيني حتى تستامري ابويك ثم اخبرها بالاية فقالت افي هذا استامر ابوي لا بل اختار الله ورسوله والدار الاخرة واعتبر رسول الله جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة تمكن ان لا يكون مرادة كما في كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا فلا يصار الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثم حالة قائمة بالتكلم يقع قولها اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد ما لحكاية يقتضي وجود المحكي عنه ولا كذلك انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن امر قائم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف بالموضوعات واجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان احد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال باعتبار العادة العرفية والشرعية بدلالة ان على ان مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وانا املك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة واداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس لهما انصا لهذا المحل واقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول او وظيفة البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم واهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المص هو ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمص منهم لا

بحاله والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى لان الاشتر
يخل بالفهم على ما عرف قال ولو قال لها اختاري اختاري اختاري ولو قال لها اختاري ثلث مرات
فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا عند ابي حنيفة رح ولا يحتاج الى نية الزوج ولا
ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا تحتاج الى النية وان كانت من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ
الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام قالا
الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل يحتمل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد
وكانها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار الى بالكلمة الاولى او
صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكانها صرحت بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة رح
ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان
لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا وكل
ما لا يترتب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الاولى واخواتها وادا الغي اللفظ من حيث الترتيب
يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضرورته واذا الغي
في حق الاصل الغي في حق البناء واذا الغي في حقهما بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلث
وفيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق الكلام على الاولى او الوسطى او الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون
كلاما والثاني ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه مفهوما من صفة وكان
عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا
وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني بان كلا من
ذلك صفة والصفة ما دل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى
السبق هو المقصود فيتضح ان الترتيب اصل والافراد من ضرورته لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي
لزمتها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المخلصين خيرا ولو قالت اخترت اختيارة
فهي ثلث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي في جواب قوله
اختاري فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قولها قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يوجب
الانطلاق اي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة
كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذا لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان
المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة اشار الى الجواب بقوله فكانها اختارت نفسها بعد العدة
فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب
لان المرأة انما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فلا يملك الا بائنة لانه
والاصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة
نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكره في الكتاب والدليل
ايضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان اما ان وقع الواحدة فلما قلنا
وهو ان التطليقة لا تتناول الاكثر من الواحدة وانما يكون بائنا لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير

لانه يملك

لانه يملك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة
فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة فيكون هذا
بما كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل الجو
والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف من الطلاق فان الزوج يملك ايقاعه
بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار وهذا يصح بالعكس لكون الطلاق اقوى وههنا لم يكن اضعف لان
هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان
كالاختيار فجاز ان يقع قولها اخترت جوابا له

فصل في الامر باليد

اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رض واذا جعل الرجل امر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم
في التخيير في المسائل قال في النهاية الا ان هذا يصح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك للامر فاذا
يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر
لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك
لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في الاختيار الا اذا نوى به انه اذا قالت
امري بيدي او امرك مني بيدي وقع الطلاق فيه نوع واذا قال لامرأته امرك بيدك ينوي ثلثا
فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار
والى كيفية الدلالة على الثلث اما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا
كالتخيير فكانا متشابهين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على الثلث فلان
الواحدة صفة الاختيار فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي باختيارة واحدة يدل عليه انه
وهو قوله وهو في الاولى اختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيار
فعبر عنها بمعناها وبذلك اي بقوله اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلث لان معناه اخترت جميع ما فوضت
الي باختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلث فقد فوض اليها ذلك ولو قالت يعني في جواب قوله امرك
بيدك قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف
فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور والتي هي وهو في الاولى الاختيارة الدالة اخترت عليه وفي الثانية
التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهو في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة
صفة للاختيارة لانه اعاده لبيان قرينة المحذوف وكانه قال وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها
فيكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون بائنة لان امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع
بها باين فيما سوى الثلث المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة انه ملكها امرها فكذلك في البائن جزاء
وتقريره التفويض حصل في البائن لضرورة انه ملكها امرها فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكونه الامر
باليد من الفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا لها فيصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في
ايقاعها المرأة ليكون كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب
اختاري وبين قولها ذلك في جواب امرك بيدك عند المصحح كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني
بائنا كما ذكر وهل هذا الا دليل على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار

القياس فيه ان لا يقع به الطلاق وان نوى الزوج الا انا استحسناه لاجماع الصحابة و الاجماع انما هو في تخيير الطلاق
لا في الباين فليس فيه ما يقع صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق
قياسا واستحسانا على ما نقلنا عن صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك دون
اختاري لانه يحتمل العموم و الخصوص قال شيخي العلامة الامام عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر
يومئذ لله اراد به الاشياء كلها واذا كان الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كانه قال
عن قولها طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري
لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع قال ولو
قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل حتى لو اختارت
نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه
صرح بذكر وقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فانها لو اختارت نفسها
في الغد لا تطلق فكانا امرين ينفرد احدهما لا برد الاخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رد ما
في اليوم قوله اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد ولا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه وهو كما ترى ادراج يلبس
وان كان نظامه وقال زفر هو امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد في كون احدهما معطوفا على
الاخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التاقيت وكانت الطالق اليوم
طالقا غدا وبعد غد وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل احدهما بالاخر لتخلل وقت بينهما
غير مذكور فيوقت بالاول ويجعل الثاني امرا مستانفا كانه قال لها امرك بيدك بعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا
يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر وقوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه ليس للمراة ان
ترد الامر باليد الذي صدر من زوجها بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها
عليها بقوله انت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان وكان لها ان تختار نفسها غدا قوله
وجه الظاهر ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف قوله انه قال امرك بيدك اليوم قال شمس الائمة هو عند ابي حنيفة
الصحيح وجعل قاضي خان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلافا فاصل قوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم
فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها ظاهر مما قدمناه في آخر فصل اضافة الطلاق واليه
اشار بقوله وقد حققناه من قبل قوله فيتوقت به اي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه واذا جعل امرها بيدها
او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من
يتصرف برأي نفسه وهي تتصرف برأي نفسها وهي الكلة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل
الاختيار من قوله والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال امرك
بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس
لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فايدة لان المراة اذا لم تقم من مجلسها يوما او اكثر لا يخرج
الامر من يدها وهنا يقتضي ان يقتصر على المجلس وبينهما تناف ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك اي الذي سمعت
فيه وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو
كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وبهذا لان معنى امرك بيدك اذا دت

طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ما
ذكرتم فكيف يكون محلا له فاجيب بان التمليك الذي هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية
وذلك يحتمل التاقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها في المدة التي وقتها فلو بطل الامر بقيامها
عن المجلس لم يكن للتاقيت فايدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت
فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت
معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا بتعدي الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر
الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة فالخيار باق لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع
لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا فان ايهما قام عن المجلس قبل قبول البيع بطل
لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الاخر جاز واذا اعتبر مجلسها فالمجلس
تارة تتبدل بالتحول يعني الى مجلس آخر ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير
مجلس المناظرة قوله ويخرج الامر من يدها ظاهر وقوله ليس للتقدير به اي باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم
يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقيل قول محمد في الجامع الصغير قوله ولو كانت قائمة
فجلست ظاهر قوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لان من حزبه امر قد يستند للتفكر لان الاستناد
سبب للراحة كالقعود قوله ففيه روايتان عن ابي يوسف في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن بن
ابي مالك عنه يبطل وهو قول زفر وجه الروايتين مندرج فيما ذكره قيل انما خص ابا يوسف بالذكر وان احتمل
ان يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلا عنه قوله ولو قالت ادع ابي استشيره ظاهر قوله والسفينة بمنزلة
البيت يعني انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر

فصل في المشية

قدم وجه تقديم الاختيار وبعده الشيء الذي يتقدم الامر باليد والمشية دوري فيسقط من قال لامراته طلقي
نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد
الزوج ذلك وقعن عليها لان قوله طلقي طلقت جملة او متفرقة قوله لان قوله طلقي ظاهر لكن نبحث الفصل بفصل المشية
فكان الابتداء فيها وذكر مسئلة فيها ذكر المشية اولى وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت
ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما ما ذكر في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها
لقطع وصلة النكاح الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت
ذلك بانت والفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقا وكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل
واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه اي في الجواب وصفا
وهو تعجيل الابانة لان الرجعية انما تنقلب بائنة بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الاصل لاجل ما زادت فيه
من الوصف او يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل اولى فيصار اليه كما لو قالت في جواب
طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائنة قوله وينبغي ان يقع تطليقة رجعية وانما قال هكذا تفسيرا لكلام
محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر واراد انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف
الزائد ويثبت الاصل قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي
حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها حيث كان المفوض الطلاق وما اتت الابانة

وبها استغنا عن الاحالة وفي هذه العناية ابطال الاصل الوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف انها تطلق طلاقا
بائنا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار
المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول يعني ظاهر الرواية وان قال لها طلقي نفسك ظاهر وحكم الاول
نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احديهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك
باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي
ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن
الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما في وجوده تردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كائن لا محالة
طبعا وعادة فلا يصلح شرطا واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو
الذي يعمل لغيره والمراة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق الضرة عاملة
للزوج وفيه نظر لانها في طلاق ضرتها اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان يكونا من باب
المشية اولا والمال شمول التمليك او شمول التوكيل والحكم الباطل قوله واذا قال لها طلقي نفسك متى شئت
واضح ولقائل ان يقول التمليك في هذه الصورة موجودة اولا فان كان الثاني لا يتقدر على الطلاق وليس
كذلك وان كان الاول فيقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك
والحكم قد يتخلف لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول قوله واذا قال لرجل طلق
امرأتي واضح ومناطه ما ذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه
ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول
سواء لان التصريح بالمشية كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيته لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها
وفعل اختياري واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول فصار كما لو قال للوكيل بالبيع بعه ان شئت
فان ذكر المشية لا يخرج التوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن
مشيته لا يقال قد بينا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيته لانا نقول المشية نوعان مشية يتعلق
بها الحركة الارادية وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشية اخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاول
ثابتة في التوكيل مع جهة حظر برضاها وقوله طلقها ابقاعا للفعل الموكل والثانية انما يكون في الملاك وقد
فوضها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما امكنني تخليصه من كلام المشايخ ولقائل ان يقول كونه عاملا
لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة ولو لا ذا بني الكلام على ما قررت ان التمليك او ذا
شرعي على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعي على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والتوكيل لغيره
وسقط بها الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على ما تقرر اولا والتوكيل في الطلاق كالرسول
وحيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله طلقي ضرتك وقوله
لاجنبي طلق امراتي فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا
للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتامل فلعله يخلص
قوله والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل بالبيع
لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق اجيب بان اعتبار التوكيل بالبيع باصل البيع قال

وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا هذا البيان مخالفة المراة زوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى
ظاهرة واما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا بسبب وطلقها وضرتها وكما
تقدم فيما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم تعتبر ما زادت من صفة
البينونة معتمدا للمطابقة في اصل الطلاق فيكون بقولها طلقت نفسي منك ممتثلة ويلغو قولها ثلاثا
ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت
ضرتها يتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهبنا اهل الحق ان الواحد من العشرة
ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما اجيب
بان ذلك في العشرة الموجودة او المتصورة واما الثلاث ههنا فمعدوم والواحد الموجود غير الثلث
المعدوم فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت
واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها اذ الثلث غير الواحد على ما ذكر اجيب بان التفويض هناك لم يتعين
لشيء فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للفظ
فلما اوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة وقوله
وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر وكذا قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت لان معنى قوله
ان شئت ان شئت الثلث اذ الشرط لا بد له من جزاء فاما ان يكون المتقدم عليه او يقدر مثله متاخرا وعلى
كلا التقديرين يتعلق بمشية الثلث ولم توجد بمشية الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة لان الشرط
مشية الثلث ومشية الثلث ليست مشية للواحدة كما ان ايقاع الثلث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قال
طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت
ينوي الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين احدهما كان ينبغي ان يقع بقوله شئت
لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك اتى بلفظ صريح الطلاق ينبغي ان
لا يحتاج الى النية واجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه
ذكر المشية فيكون شائيا لمشيتها لا للطلاق وانما قلنا ان كلامه مبني على الكلام الاول وفيه ذكر الطلاق
لان كلامها لغو بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما بني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد
وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية ليتعين جهة الوجود وقوعا وقوله اذ المشية تنبئ
عن الوجود قيل لان المشية في الاصل ماخوذة من الشيء وهو اسم للموجود وكان قوله شئت بمنزلة وجدت
وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال عليه السلام الحمى رائد الموت اي
طالبه فان قيل ذهب علماؤنا في اصول الدين الى ان الارادة والمشية واحدة فما هذه التفرقة فالجواب
انه يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان ولا محالة
وكذا ما يريد بخلاف العباد قوله وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي ظاهر قوله لان التعليق بامر كائن تنجيز
قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك واجيب بان
الثاني ممنوع وبعد التسليم يقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بها بفعل
مستقبل وكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم قوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت

النية لا تعمل في غير المذكور

وانحج قوله فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو
نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك قوله وقد مر من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان قوله
ولو قال لها انت طالق كما شئت ظاهر قوله فلا تملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هي
ان يقول طلقت نفسي ثلثا والجمع طالق كما شئت ظاهر قوله فلا تملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد
وقيل الجملة هو ان يقول طلقت نفسي ثلثا والجمع ان تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة وهذا هو الظاهر
ولو قال انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل اذا الغي ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي ان يقع
الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الطلاق الساعة اجيب بان حيث واين يفيدان
ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فبهذه كان في تحقيق معنى التاخير فجعلا مجازا
عن حرف الشرط فان قيل فاذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لما ذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن
المجلس اذا جعلا مجازا عن ان اولى واما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم يجعل
مجازا عن اذا ومتى اجيب بان جعلها مجازا عن ان اولى لما انها محض الشرط فكانت اصلا في الباب
ولا اعتبار بالاصل ولم يعرض بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا له حتى يقع في زمان دون زمان واما اذا
كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال انت
طالق غدا او عموما كما لو قال انت طالق متى اي وقت شئت قال وان قال لها انت طالق كيف شئت
اختلف علماؤنا فيما اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيتها او لا فقال ابو حنيفة رح
لا يتعلق بل يقع طلقة واحدة ولا مشية لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت طلقة رجعية والمشية اليها
في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان نوى الزوج شيئا او لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيتها في الحكم والكيفية
فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها فذاك وان اختلفا بان شاءت
بائنة والزوج ثلثا او بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء
فاذا شاءت اوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلث لانه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت
لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الاصل بمشيتها ليثبت لها المشية في جميع الاحوال
كما لو قال انت طالق ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولابي حنيفة رح ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب
الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف اصبحت من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق
والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله والا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو
ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان
تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة
بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روي عن الطحاوي ان للمرأة
ان تجعل الطلاق بائنا او ثلثا في قول ابي حنيفة رح قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وقد عجز
الفحول في جواب هذا الاشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول
لا مناسبة لهذا التفويض بعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو
ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون ان في وجوب التعويل نظر وسنحان المنتظر الى المشية ما علق بها في التعليق

بالمشية

بالمشية انما يحصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا اصل الطلاق
وتفويضا للوصف المتنوع وتفويض صفة الشيء بها قبل وجود الاصل ممتنع الا ان في غير المدخول بها لا اثر لمشيتها في
الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيتها وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها
المشية بعده ونوع قوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة رح ولا
حال العتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب قالوا في الاصل هذا قول ابي حنيفة لان الاولى
في هذا الفصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة رح لا غير فذكر
ليتبين ان ما ذكر في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل وان قال لها انت طالق كم شئت
او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين
او ثلثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا
اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشية القدرة لا مشية الاباحة
يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روي عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
ان ذلك يباح لها في التخيير وجه الاختصاص ضرورة ذاتها فان التفريق يخرج الامر من يدها قوله لانهما
يعني كم وما يستعملان للعدد فقط فوض اليها اي عدد شاءت فان قيل ههنا في كم مسلم واما في ما فقد يستعمل
للوقت كما يستعمل للعدد قال الله تعالى ما دمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد
بالشك اجيب بان جانب العدد ترجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى ما
امرها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه
نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى
التعليق والاول كالاصل فالترجيح به اولى فان قامت عن المجلس بطل لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس
وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وليس فيه ما يدل على التكرار قيل هو احتراز عن كلما وكل ما هو للوقت
تقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال لانه خطاب
في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا قيل هو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب
في الحال كما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار وان قال لها طلقي
نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلث عند ابي حنيفة رح وقالا لها ان
تطلق ثلثا لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد يكون للتمييز يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس
من الاوثان وقد يكون للتبعيض وقد يكون لغيرها كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل
على المحكم ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شئت ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة
للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والاثنان كذلك لانه بالنسبة الى
الواحد عامة وبالنسبة الى الثلث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بعام اجيب بانه
يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل احدهما وفيما استشهدا به تركنا التبعيض بدليل حال بعد وهو
اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشية فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرفت وههنا كذلك حتى
لو قال من شئت كان على الخلاف وقيل انها ان طلقت نفسها ثلثا لا يقع شيء عند ابي حنيفة رح لان متعينا

اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع فكذا التي فوض اليها ثنتان واذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع وقد مر ذكره

اعلم ان

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ عن بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية

اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ركن الطلاق والشرط والمركب مؤخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة

عن تعليقه بامر يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما

يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جايزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال

لامراة ان تزوجتك فانت طالق او على العموم كقوله كل امراة اتزوجها فهي طالق وهو قول علي رضي الله عنه

في الظهار وقال الشافعي هو لا يصح وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما واستدل على ذلك بقوله عليه السلام

لا طلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص عنه انه خطب امراة فابى وليها ان يزوجها

منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله عليه السلام فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان

هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند

الشرط والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا

اذ العدة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف في الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا

كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط

وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط

والجزاء وقيام الملك في الحال شرط الصحة والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا

يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك لعري عن الملك ظاهرا لان الظاهر

عدم الحدوث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمص هو قايل به قوله وقبل ذلك اي قبل وجود

الشرط اثره المنع وهو قايم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام

في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير قوله والحديث يعني ادعاء ان في قوله محمول على نفي التنجيز

فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سالوه عليه السلام عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل

النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز وليس بجايز وليس في الحديث ما يدل

على نفيه او اثباته والحمل على التنجيز ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم ابن عبيد الله

واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق

لان الملك قايم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان الاصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب

الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا

يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه قوله فصح يمينا يعني عندنا على ما مر وايقاعا يعني عند الشافعي

فانه منع كونه طلاقا يتعلق لا التعليق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت حكمه فيه ولا تصح اضافة الطلاق

الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه او يضيفه الى الملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور

باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا فليكون مخيفا لوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو التقوي

فان الحامل على الحمل او المنع الاصلين اللذين عقد لهما اليمين لاجلهما هو تحقق خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا

كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره باحد هذين الامرين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم

معنى اليمين اعني الحمل او المنع والاضافة الى سبب الملك كقوله ان اشتريتك فانت حر بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله

واستصحاب الحال

ان الحكم فانت حر لانه اي الجزاء ظاهر عنده يعني بسبب الملك قوله فان قال لاجنبية تفريع على ما تقدم من الاصل وهو

ظاهر واعترض عليه بانه لا يحنثان بعدما تزوجها حتى يقول معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن

الالغاء واجيب بان فعل اليمين ما يتم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى تغييره كذا قال بعض الشارحين

وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان فقد يتغير فيما يكون محذوفا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك فانت حر

الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او

مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر

دونه من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان التزوج

اعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وبعده التزوج والدخول

فكان شرطا صار بعضه ووضعه اصول الفقه قال والفاظ الشرط عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف

الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء لم يوجد احد حرف الشرط وضعا وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو

تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمل لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم يجزم وفيه غير مواضع الجزم

لزم دخول الفاء في جوابه بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب ان يقال فقد تقدم ان التعليق

يمين يعقد للحمل او المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي

فاني له مدخل في ذلك قوله لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط

الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكره في الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد

بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة

تناسب لفظي فبعد ذلك لا يستقيم قوله وهذه الالفاظ مما يليها افعال يعني من كلمة كل فانه يذكر فيما يليها اسماء

وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع

وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله

هنا لا يفيد مطلوبه ان هذه الفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه

الذي قررناه وهذه الالفاظ مما يليها الافعال وهذا ايضا مسلم ولكن قوله فيكون علامات على الحنث ليس

بلازم للمقدمتين وهو ظاهر وكلامه واضح قوله الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت

جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار وفيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند

وجود الشرط لم يبق اليمين فان من قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت ولو تزوج اخرى

طلقت كذلك وكان الواجب ان يقول في الاستثناء الا في كلما وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار

والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب

عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الحنث انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار

فما انحلت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من معنى الشرط

فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال

انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الثلث

فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق منها وبقاء اليمين

بقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء انتفى الكل وفيه خلاف زفر رحمه الله ولو حلف على نفس التزوج بان قال
كلما تزوجت امرأة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكرنا ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها
من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور قال ـــ وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق
ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما مر ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء والغرض ان الشرط لم يوجد فهو
باق والجزاء ايضا باق لبقاء المحل وهي المرأة فيبقى اليمين كما كانت في محلها وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان
محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوع الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقاء
اليمين واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقاء اولى اذ البقاء
اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او
في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان الشرط
وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط
مرة انتهى اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا
في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله ولم تطلق فلانة ليس على ظاهره
بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع قوله كما في قبول قولها في العدة والغشيان اما
قبول قولها في العدة فبان تقول قد انقضت او لم تنقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة
الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان يقبل قولها في حق حل
الجماع وحرمته بقولها انا طاهر او حائض وقوله لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في
حقها وفيه بحث وهو انها لا تخلو من الحيض وعدمه والحال يشمل طلاقها او شمول عدمه لانها ان كانت حاضت
فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد
الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا معدوما في حالة واحدة وهو محال فالجواب
بان الشرع اثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين
مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة
لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان
اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما
الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثمة اختلاف في مقتضي وجوده وعدمه قوله وكذا لو قال ان
كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في
حق ضرتها قوله ولا يتيقن بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع
بكذبها فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص
منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به قوله وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها ظاهر قوله واذا قال اذا
حضت حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا
العبد حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيا واذا قال اذا حضت حيضة
كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت قوله في حديث الاستبراء يريد به ما قاله عليه السلام في سبايا

اوطاس ولا الحبالى حتى يستبرين بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة
وبالانقطاع والغسل او ما يقوم مقامه اذا كانت ايامها دون العشرة وقوله واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين
لما تقدم ولو قال اذا صمت يوما فالحكم كذلك بخلاف ما اذا قال اذا صمت فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية
وقع الطلاق لما ذكر في الكتاب والله اعلم قال ـــ ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة
بين المسئلة لا يخلو من اوجه ان علم ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت عدتها
بالجارية فلا يقع شيء بعده وان علم ان الجارية ولدته اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج
لانكاره الزيادة وان لم يدر ايهما اول فهي في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه
وهو التباعد عن الشبهة تطليقتان حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجا
غيره لاحتمال انها مطلقة ثلثا وترك وطي امرأة يحل له وطؤها خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه قوله والعدة
منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانها لو ولدت الغلام اولا الخ وحاصله ان انقضاء عدة الحامل
بوضع الحمل قوله ان كلمت ابا عمرو وعلى ما ذكره في الكتاب واضح سوى الفاظ نذكرها قوله في حق الطلاق
كشيء واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا
لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان صحة الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم وهي قائمة
به فيكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى الملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق
ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه
الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا وما نحن فيه حالة تمام
الشرط لنزول الجزاء ولكنه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين
يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها فانقضت عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها
تطلق بالاتفاق ولم يبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يمنع
وقوله فاذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا مسئلة الهدم وهي معروفة ووقع الخلاف لا تظهر
فيما ذكر في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلث
بالاتفاق اما عند محمد رحمه الله فلعدم الهدم واما عندهما فان وجد الهدم فبالدخول في الدار يقع الثلث
لان الثلث متعلقة بدخول الدار وانما يظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها ثنتين
وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار ثبتت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعندهما
لا يثبت لتحققه فان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت
غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلث لان الجزاء مطلق
الطلاق اللفظ اذ لم يقيد بطلقات في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي
بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر فيبقى اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزاء قلنا ان الجزاء معلق
هذا الملك بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث
فكل ما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين تعقد للمنع او الحمل وهذا انما تعقد
للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان كذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات

اليمين لما تقدم ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو احتاج الى المنع والحمل لم يصح ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا واجيب بان الاعتبار للغالب الشايع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم يختص بصورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها فالصواب ان يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور قوله بخلاف ما اذا ابانها يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلث اي فات الجزاء بتنجيز الثلث المبطل المحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلث تطليقات عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فات بالعتق لم يبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالثلث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني الا انها ان دخلت الدار بعد التطليقات الثلث فانه لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار لم يثبت الظهار قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا ظاهر قوله في الفصل الاول يعني اذا لم يخرجه قوله لوجود الجماع بالدوام عليه معناه انه جعل الدوام على الثبات بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي قوله ولا دوام الا دخال معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له قوله وجب العقر قال في ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل به قرر الامام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير قوله لوجود المساس اشارة الى ان هذا الحكم دون الجماع فيكون البقاء كالابتداء الوجود عند ابي يوسف رح واما دوام المساس فهو موجود بالاجماع ومن هنا قيل ينبغي ان يصير راجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة فصل الاستثناء الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتآخيهما في كونهما بيان التغيير ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسئلة ان شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع اول الكلام او باعتبار ان الله تعالى سمى استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا في ان ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال او للتعليق فذهب ابو يوسف رح الى الاول ومحمد رح الى الثاني والى هذا اشار المص رح في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال او تعليق وسنذكر ثمرة الخلاف هنا قال واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته

لان

لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشية الله ليست كذلك لثبوتها قطعا او انتفائها كذلك فهو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة والتعليق اعدام اي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط هنا غير معلوم فكان اعداما فيكون اعداما من الاصل فكان ابطالا للكلام ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة ساير الشروط لكونه بيان تغيير وشرط الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قال فيكون الاستثناء يعني على قول محمد رح او ذكر الشرط يعني على قول ابي يوسف رح وقوله وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني اذا ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثناء من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بان توفت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثناء او الشرط فلا يبطل لان مبطل الشيء لا ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني اطلق امرأتي واستثني وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوزه الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احتراز عن قول من يقول انه يخرج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال علي عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان او كثيرا او اكثر الجملة لبقاء التكلم من البعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل ان يكون عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء يصير متكلما به وصار تبعا للفظ اليه فبقي كلامه الاول كما كان ويقع الثلث وقد غلط بعض اصحابنا ان الاصح رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما انه ابطل الاستثناء الكل في الوصية مع ان الوصية يحتمل الرجوع وذكر المص رح في زيادته ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة وسلمى لا يطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما يصح فيه اللفظ فلو استثنى الجزء عن الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع حكم الشرع لما صح في قوله انت طالق عشرا الا تسعا لما انه لا مزيد على الثلث شرعا وهو صحيح بلا خلاف قال فانما يصح اذا كان موصولا به ظاهرا

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءا شرع في بيان طلاق المريض ومرضها البعض ذكره اذ المرض من العوارض السماوية فاخر بيانه عن بيان حكم من هو الاصل وهو الصحيح واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وبهذا يسمى طلاق الفار والاصل فيه ان من ابان امرأته في مرض موته بغير رضاها

وهي بمنزلته ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان
توريثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها باينا في
مرض ثم صح منه ثم مات لا ترث وبغير رضاها لانه اذا كان برضاها لا ترث وبمرتدة لانها ان كانت كتابية او
امة لا ترث وبالموت في العدة لانها ان مات بعد انقضائها لم ترث خلافا لمالك رح وحكم الفرار كما يثبت من
جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها قال الشافعي لا ترث في الوجهين
يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو
الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد
ابطاله هذا السبب بالطلاق وهو ايضا ظاهر فيرد عليه قصده بتاخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضاء
العدة دفعا للضرر عنها فان قيل ان كان سبب تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الدخول
وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده اجاب بقوله وقد امكن يعني لما صح توريثها منه اذا امكن
عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما وقد امكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح في
العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة
نكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها منه دفعا للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء
العدة لان التاخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح اصلا قوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله
ولهذا لا يرثها اذا ماتت ومعناه ان الزوج اذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة
فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق حقه بمالها واما لانه رضي بحرمانه عن الارث حيث اقدم على الطلاق واما
لانه لم يكن النكاح قائما بوجه من الوجوه قوله فيبطل في حقه قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي وقال
بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فانه لا وجه له قوله وان طلقها بامرها طائعة
قبل سؤالها الطلاق لا يبنى على قولها اسقطت ميراثي من فلان ونحوه لا يسقط واجيب بان الارث
لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل النقض فاذا لم يرض بنقضها جعلناها
قائمة في حقها حكما واذا رضيت حكمنا بانتقاضها فيسقط الارث ضمنا له وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت
قصدا وكذلك اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وفي الخلع قد التزمت المال لتحصيل الفرقة
لها وهو ادل على الرضا بها قوله وان قال لها في مرضه في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة
ويجب الارث او الوصية بالغا ما بلغ عند زفر رح وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول ابي حنيفة
قال زفر لما بطل الميراث بسؤالها او تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية واذا زال المانع
تعمل المقتضى عمله ووجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت
اجنبية فانعدمت التهمة فاستوضح ذلك بقوله الا يرى قوله وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار
الزوج الزوجة على سائر الورثة بايثار نصيب لها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية
يدار على دليل التهمة ولهذا يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة بحيث لا يجوز وصيته واقراره لمنكوحته
وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق ليفتح عليه باب الوصية والطلاق الاقرار
وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح

والقرابة

والقرابة فاقام الشرع مقامه ولم يجز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه هكذا في المعتمد لان العدة من
اسباب التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فيهما
فيصار ولابي حنيفة رح في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار
والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها
الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه
ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا ترى انه يقبل شهادته لها وهو واضح وذكر في صو
اوفى صفة القتال لهذا بيان ان حكم الفرار غير مختص في المرض بل كل شيء يترتب الى الهلاك غالبا فهو في معنى
مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكانا في المعنى سواء وفسر المريض الذي
يخاف منه الهلاك غالبا ان يكون صاحب فراش او قد يكون بحال لا يقوم بحوائجه الا الاصحاب بكلام
واضح قوله وليهنا اخوات على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق
صار كالمريض في هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها
المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان كان بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق
وغيره لانه ما دام يزداد في علته في الغالب آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن
كذلك قوله وقوله اذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل او مات من غير ذلك المرض
الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان رح يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا
للموت ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كانه
طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل بالموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا
يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها منه بحكم الفرار
وهو متحقق ههنا واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح كلامه فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فبانت
طالقة يعني طلاقا باينا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق باينا على ما ذكرنا قوله فكانت هذه
الاشياء يعني وجدت نامية لا يحتاج الى حجة قوله يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا نظيره مسئلتين
احديهما انه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع
فدل على انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف ان لا يطلق امرأته
ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث قوله والفعل له منه بد او لا بد منه يصير فارا فان
قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد منه اذا كان التعليق في الصحة لانه لا فعل
اذا كان مما لا بد منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل له فلا ترث واجيب بان الاختيار
في جانب الفعل لا يعتد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن
وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة المحل يكفي لايجاب الضمان قوله لانها راضية به لانه يعني صار كانه
طلقها بسؤالها لما ان الرضا بالشرط رضا بالمشروط فان قيل انه ذلك فان احد الشريكين العبد اذا قال
لصاحبه ان ضربته فهو حر وضربه عتق وللضارب ولاية تضمين لما قضيح ان الضارب صنعه باختياره
فلم يجعل ذلك منه رضا اجيب بان حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة رضي الله عنهم

بشبهة العدة وان فات روی عن عمر وعثمان وعلی رضی الله عنهم وتابعهم فیه غیرهم فیبطل حکمه ایضا بشبهة الرضا
وکذلک حکم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضاء المرأة فکفی ذلک لنفی حکم الفرار قوله او فی المعنی
باخر الی الصلوة الظهر قیل انما خصها بالذکر وان کان جمیع المکتوبات فیه سواء لانها اول صلوة فرضت
علی النبی علیه السلام فکان الوهم فی النظر الی الاول ابین قوله فکذلک الجواب عند محمد ای لا یرث المرأة
لانه حین علق الزوج الطلاق لم یکن ثمة لها حق فلا یتهم بالقصد الی الفرار ولم یوجد بعد ذلک
صنع غایة ما فی الباب ان یعدم رضاها او فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فیکون هذا کالتعلیق بفعل
اجنبی او بمجیء الشهر وقد بینا ان هناک لا ترث اذا کان التعلیق فی الصحة فکذلک ههنا لما ان الزوج
لم یباشر العلة ولا الشرط فی مرضه فلا یکون فارا فان قیل هذا منتقض من جانب زفر لانه قال فیما تقدم
ان المعلق بالشرط کالمنجز فکان ایقاعا فی المرض فالجواب ان معنی قوله لم یوجد من الزوج صنع بعد
تعلق حقها بالمنع معتبر لان الشرط لما کان فعلها جعل صنع الزوج کلا صنع بخلاف ما تقدم فان
الشرط لم یکن فعلها فلم یخرج فعله من حیز الاعتبار قوله لان الزوج الجاها الی المباشرة ای الی فعل
الذی لا بد لها منه علة لاسقاط حقها ولو طلقها فارتدت ای لو طلقها ثلثا او بائنا فانه لم یظهر اثر الثلث
والبینونة فی الارتداد بخلاف ما ذکر بمقابلته فی مسئلة المطاوعة فانها انما ترث فی المطاوعة بعد
البینونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قیام النکاح او بعد الطلاق الرجعی فلا ترث لوقوع الفرقة
بعد المطاوعة قوله لان المحرمیة لا تنافی الارث یعنی بل تنافی النکاح کما فی الام والاخت قوله وهو
یعنی الارث هو الباقی قوله فیکون راضیة ببطلان السبب ای سبب الارث وهو النکاح قوله وقال محمد
لا ترث لان الطلاق انما یقع بلعانها لانه اخر اللعانین فکان آخر المدارین فان قیل الفرقة انما تقع
بقضاء القاضی عندنا فکان القضاء آخر المدارین اجیب بان اللعان شهادة عندنا علی ما یاتی
والحکم ابدا یثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما ان الفرقة وان کانت تقع بلعانها الا انها مضطرة
فی ذلک لاستدفاع العار عن نفسها فکان ملحقا بفعل لا بد لها منه وقد بینا الوجه فیه ای فی الفعل الذی
لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة فی المباشرة قوله وان آلی وهو صحیح ظاهر وقوله وقد ذکرنا وجهه یعنی
قد قلنا ان التعلیق السابق یصیر تطلیقا الخ فان قیل لا نم ان الایلاء نظیر تعلیق الطلاق بمجیء الوقت
فان کان الایلاء فی الصحة لما انه تمکن من ابطال الایلاء بالفیء فاذا لم یبطل فی حالة المرض صار کانه
انشاء الایلاء فی المرض وهناک ترث فکذلک ههنا فکان نظیر من وکل وکیلا بالطلاق فی صحته فطلقها
الوکیل فی المرض کان فارا لتمکنه من العزل فاذا لم یعزله جعل کانه انشاء فکذلک ههنا اجیب بان
الفرق بینهما ثابت وهو انه لا یمکنه ابطال الایلاء الا بضرر یلزمه فلم یکن متمکنا مطلقا بخلاف مسئلة
الوکالة قوله فی جمیع الوجوه یعنی سواء کان الطلاق بسؤالها او بغیر سؤالها وسواء کان التعلیق
بفعلها او بفعله وسواء کان الفعل مما لا بد منه او لم یکن والباقی واضح والله اعلم بالصواب

باب الرجعة

لما کانت الرجعة متاخرة عن الطلاق طبعا اخرها وضعا
لتناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والکسر والفتح افصح وهی عبارة عن استدامة ملک النکاح ولها
شرائط احدها ما تقدم صریح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الکنایة کما تقدم والثانیة ان لا یکون بمقابلة

مال والثالثة ان لا یستوفی الثلث من الطلاق والرابعة ان یکون المرأة مدخولا بها والخامسة ان یکون العدة قائمة
ولا خلاف فی شرعیتها لاحد لثبوتها بالکتاب والسنة والاجماع والفاظ الرجعة ان تقول راجعتک ان کان فی الحضرة
او راجعت امرأتی فی الغیبة بشرط الاعلام او فی الحضرة ایضا او یقول رددتک او امسکتک او تقول انت عندی
کما کنت او انت امرأتی ان نوی الرجعة ولا خلاف لاحد فی جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان یطأها
او یقبلها او یلمسها بشهوة او ینظر الی فرجها بشهوة فهی صحیح عندنا وقال الشافعی لا یصح الرجعة الا بالقول
مع القدرة علیه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النکاح لثبوت الحل بها وابتداء النکاح لا یصح بالوطیء
ودواعیه فکان الوطیء حراما کما فی ابتداء النکاح وقلنا هی عبارة عن استدامة النکاح کما بینا وهو
اشارة الی قوله الا یری انه سمی امساکا وهو الابقاء قوله وسنقرره اشارة الی ما ذکره فی آخر هذا الباب
وهو قوله قلنا انها قائمة حتی یملک مراجعتها الی آخره قوله والفعل قد یقع دلالة علی الاستدامة جزاء الدلیل
قوله کما فی اسقاط الخیار دلیله وتقریره الرجعة استدامة الملک والفعل قد یقع دلیلا علی الاستدامة کما فی
اسقاط الخیار فان من باع جاریة علی انه بالخیار ثلثة ایام ثم وطئها سقط الخیار کما اذا اسقطه بالقول بل
ههنا اولی لانه فی البیع یحتاج الی دفع السبب المزیل وهو البیع اما ههنا فلا یحتاج الی دفع الطلاق بل
یحتاج الی دفع الزوال لان الدفع اسهل من الرفع ولما کان الثابت بالدلیل ان بعض الفعل قد یقع دلالة
علی الاستدامة احتاج الی تعیینه فقال والدلالة ای الدلیل فعل یختص بالنکاح وهذه الافاعیل یختص بالنکاح
فیقع دلالة قوله خصوصا فی الحرة لما بینا ان حل الاستمتاع بها لیس الا بالنکاح واما فی الامة فیحل بملک
الیمین ایضا بخلاف النظر والمس بغیر شهوة لانه قد یحل بدون النکاح کما فی القابلة والطبیب والخاتنة
والشاهد فی الزنا اذا احتاج الی تحمل الشهادة والنظر الی غیر الفرج قد یقع بین المساکنین والزوج
لیساکنها فی العدة فلو کان النظر الیها رجعة یطلقها فیطول العدة ویضر بها فلا یجوز لقوله تعالی فاذا
بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسکوهن ضرارا قال ویستحب
ان یشهد علی الرجعة اذا اراد الرجعة یستحب ان یقول لاثنین اشهدا علی بانی قد راجعت امرأتی وان لم
یشهد صحت الرجعة وقال الشافعی فی احد قولیه لا یصح وهو قول مالک وهو مذهب لانه لا یوجب الاشهاد
علی ابتداء النکاح ویجعله شرطا علی الرجعة لهما قوله تعالی فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف
او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوی عدل منکم والامر للایجاب ولنا اطلاق النصوص فی الرجعة عن قید
الاشهاد وهو قوله تعالی فامسکوهن بمعروف وقوله تعالی الطلاق مرتان فامساک بمعروف وقوله وبعولتهن
احق بردهن وقوله تعالی فلا جناح علیهما ان یتراجعا وقوله علیه السلام مر ابنک فلیراجعها وقوله ولان
الرجعة بمعنی الرجوع او علی تاویل المذکور استدامة للنکاح کما تقدم والاستدامة انما هی حال البقاء و
لیست بشرط فی النکاح حال البقاء بالاتفاق فکانت کالفیء فی الایلاء فان الشهادة علیه لیست بشرط
لکونه حالة البقاء الا انها ای الشهادة مستحبة لزیادة الاحتیاط کیلا یجری التناکر فیها ای فی الرجعة وما
تلاه یعنی من قوله تعالی واشهدوا ذوی عدل منکم محمول علیه ای علی الاستحباب دفعا للتناکر فکان الامر للندب
الی ما هو الاوفق کما فی قوله تعالی واشهدوا اذا تبایعتم بدلیل انه قرنها بالمفارقة حیث قال او فارقوهن بمعروف
واشهدوا وهو ای الاشهاد فیها ای فی المفارقة مستحب فکذا فی الرجعة واعترض بان القران فی النظم لا یوجب

القرآن في الحكم كما في قوله تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكوة واجيب بان ذلك فيما اذا احكم على احدى الجملتين
المتقاربتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعلقها
جملة اخرى تعلقت بها واحديهما تقتضي تعلقها بها من حيث الاستحباب فكذلك للاخرى لئلا يلزم استعمال
اللفظ الواحد في معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها
قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطاؤها الزوج الثاني فكانت عاصية
وزوجها الذي اوقعها فيه فكان مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة
القايم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا
يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال وتفحص فالمعصية
لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان
كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا
يصح الرجعة وان صدقته ايضا الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة
الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مرت في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد
انقضت عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد مكث فان كان الثاني يصح الرجعة بالاتفاق
وان كان الاول لم يصح عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى ان
يخبر وقد سبقته الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة رح انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار
عن الانقضاء اذ لم يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على
مقدار معين واقرب احواله حال قول الزوج واذا صادفت حالة الانقضاء لا يكون معتبرة ولا نم ان مسئلة
الطلاق على الوفاق بل هي على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة
لا يثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى
والامة او يكذباه او يصدقه المولى وتكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان
كان الثاني لم يصح بالاتفاق اذا لم يقم بينة وان كان الثالث وليس له بينة فالقول قولها عند ابي حنيفة رح
وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاول
بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه تزوج امته من
فلان وهو اي ابو حنيفة يقول حكم الرجعة يبتني على بقاء العدة وانقضائها وكلاهما يبتني على ذلك يبتني على
قولها لكون القول قولها في ذلك لكونها امينة والقول في العدة قولها فحكم الرجعة يبتني على قولها ولم يذكر
الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فلا
يكون اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقر به وذلك فكان الفرق نيرا وان كانا
كان الامر بالعكس عند المصنف يعني ولو كان على العكس فعندهما القول قول المولى لان منافع البضع
خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو ينكره وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق
وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق

في الرجعة

في الرجعة مقر بقيام العدة عندها اي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة
التزويج كما اشرنا اليه وقوله وان قالت انقضت عدتي ظاهر والضمير في به راجع الى الانقضاء قال [illegible] واذا
انقطع الدم من الحيضة الثالثة كلامه واضح وقوله يلزم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة يعني ان الوقت
اذا مضى صارت الصلوة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات قوله اذا تيممت وصلت اطلقوا الصلوة
ليتناول المكتوبة وغيرها وقوله حتى يثبت به من الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن
واباحة الصلوة وسجدة التلاوة قوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت
هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلوة بالتيمم اما قراءة القرآن فانها ركن الصلوة واما المسجد فلانه
مكان الصلوة واما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فانه يجوز ان يقرأ في صلوتها آية السجدة ولقائل
ان يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما يتحقق حال اداء الصلوة فلا
تكون قبلها طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى مواضعها
وكان الواجب ان لا ينقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت الصلوة والجواب ان
الضروري متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند اداء الصلوة انقطاع الحيض ومن
لوازم انقطاعه مضي العدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند
ثبوته واما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل
محمد رح بالعكس فقد سبق هناك مستوفى واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان
عضوا فما فوقه لم ينقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كاصبع ونحوه انقطعت قال المص رح وهذا استحسان
اعلم ان محمدا رح لم يذكر في كتبه موضع القياس بل هو العضو فما فوقه وما دونه وروى انه عند ابي يوسف
في العضو فما فوقه فان القياس ان ينقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها اصابت
الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا ينقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه القياس
ان يبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان ان ينقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته
فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمص رح اشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لا ينقطع
الرجعة لانها غسلت الاكثر وهي اشارة الى قياس محمد رح وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو
الكامل وما دونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه
فقلنا بانقطاعها حتى تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان تركت قصدا لم ينقطع الرجعة وهذا اشارة
الى استحسان محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم انه
لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا ينقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان ابي يوسف فانظر
حذق المص رح في هذا الادراج اللطيف فلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المخلصين خيرا وعن ابي يوسف
ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل والواو بمعنى او لان الحكم في كل واحد منهما ذلك
وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية
الكرخي عن محمد رح هو اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا فان المضمضة والا
ستنشاق في الغسل سنة عند مالك والشافعي رحمهما الله فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيرهما من الاعضاء

فانه لا خلاف لاحد في فرضيته قال ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها
ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحمل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة
موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش الحديث
وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطي منه وكذلك اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا لانه لا يتصور بدونه
واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب
الشارع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح فيفوق الدلالة
والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان
ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا فاجيب
عن الاول بان الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشرع اقوى لاحتمال الكذب من العبد
دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق باقراره ههنا حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول
ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثم موجود وهو
تعلق حق الغير به قوله الا يرى توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيانه الا ولية
ان الاحصان لم يدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطي فلان يثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة
العقوبة اولى قوله وتأويل مسئلة الولادة ظاهر فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا على رواية كتاب الطلاق
بكلمة او وعلى رواية الجامع الصغير وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك
الرجعة لان تأكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار
مكذبا شرعا بوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم
يصر مكذبا شرعا ان لو كان المهر مستلزما شرعا للقبض وهو الوطي وليس كذلك وانما هو مستلزم التسليم
المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه ويقدر
المسلم اليه على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل
الاول لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان راجعها بعد ما خلا بها وقال لم
اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة
لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة ولاحتمال المدة فان الولد يبقى في البطن هذه
المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون الوطي
حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني الى العدة لان الغرض عدم الوطي قبله لانه انكره بعد الخلوة
والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة
فكانت الرجعة صحيحة قال فان قال لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امرأته بولادة
فولدت ثم ولدت ولدا آخر فاما ان يكون بين الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة الثانية
لا يكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وما
ثمه دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب
فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة وفيه ما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله وان كان اكثر من سنتين

للوصل اي لما كان بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان يكون الولادة الثانية في اقل من سنتين
وبين ان يكون اكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطي بعد الطلاق
فكان رجعة وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكر في الكتاب واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى آخره قوله والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين التشوف خاص
في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو المرأة وجهها
وتصقل خديها وقوله اذ النكاح قائم بينهما يدل عليه وكذلك جميع احكام النكاح قائم ولهذا لو قال
كل امرأة لي طالق يدخل هذه المطلقة فيه فيقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما لجاز ان
يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره اجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى فلا
تخرجوهن من بيوتهن فانه وقع في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي
لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس
المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان
وقوله ولان التراجي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخي عمل
المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج ولا حاجة له اليها فلا تراخي اما ان التراخي لذلك فقد علم مما تقدم
واما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لانه
كلام يدل على ان المسافرة لا تجوز اذا انقضت العدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة
فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه واجيب بانه انما يرد ان لو كان المراد بالعدة
العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل اذا الى انقضاء العدة لا الى
دون مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة ايضا يثبت بالتبين كعمل المبطل واذا
ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو كان
عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم يحتسب في قوله اذا حضت
فانت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق ولو لم يقتصر عمل المبطل
وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا ان
لم يرد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان
يشهد على رجعتها فيبطل العدة ويتقرر ملك الزوج قوله على ما قدمنا يعني في اوائل الباب حيث قال
ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي قوله
الا في حق بر وحبيب لان حل الوطي بالزوجية والزوجية قائمة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية
قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زائلة فكانت اجنبية فلم تصح الرجعة بلا
رضاها وهذا القدر كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج
ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظرا يوجب استبداده اي بالرجعة وذلك
التراجع اذ لم يكن مستبدا بها لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة
والاستبداد بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء لان الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من

القياس بناء على ان يكون الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد بها والاستدامة لا يتحقق الا في القائم فكانت الزوجية
قائمة وقوله والقاطع جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه
آخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم يعني لم يثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار فانه
عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار **فصل فيما تحل به المطلقة** لما فرغ
من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق
بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية وهو كونها آدمية ليست
من المحرمات باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له على ما يذكره والمعلق
بالشرط معدوم قبله فقد بان الشرط يوجب الوجود عند وجوده دون العدم عند العدم عندنا
والجواب انه معدوم بعدمه الاصلي اذ العدم لم يترتب بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في
العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح
حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب
بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة
لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون
عند اختلاف الماء وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة
قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثالثة والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج
في العدة واجيب بان ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم يراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود الحكم
فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما
انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثمة مانع آخر هو جهة التعبد وان كان
الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها
ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله فان طلقها
الطلقة الثالثة عند اكثر اهل التاويل والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية
لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى فتكملت على ما عرف وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية
نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول
والزوجية المطلقة اي الكاملة انما تثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول بها اما باشارة الكتاب على ما
ذكر المص رح وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان يحمل النكاح في قوله تعالى حتى تنكح على الوطي حملا للكلام
على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح
على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة
بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد رسول الله عليه السلام وهي تميمة وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك
فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فاتت النبي عليه السلام وقالت يا نبي الله ان رفاعة طلقني
فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وان ما معه مثل هدبة الثوب فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وقد روي

بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور
في كتب الاصول وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه
الاتم فليطلب ثمة ولا خلاف لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل قول بشر بن [illegible]
وقوله غير معتبر لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا لو قضى القاضي به اي بقول سعيد بن المسيب لا ينفذ والشرط
الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل
الدليل دل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل
بالايلاج فكان التصغير دالا على عدم التشبع بالانزال ومالك رحمه الله يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج
دون الانزال ويشترط الانزال لانه انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة
التحليل والحجة عليه ما بينا ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله وفسره اي المراهق
في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الى آخره وهو ظاهر قال ووطي المولى لا يحلها اذا طلق
امرأته تطليقتين وهي امة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم يحل للزوج الاول لان غاية الحرمة
نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان رضي الله عنه سئل عن
ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رض فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي رضي الله عنه
مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج واذا تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك
او قالت المرأة ذلك فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له فان محمله اشتراط التحليل
في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لا
فساده فان طلقها يعني الذي شرط التحليل بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح
اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى الوقت كانه قال تزوجتك
الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج الاول لفساده لان من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن
محمد رح انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره
الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني فبشرط التحليل يصير مستعجلا
للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في روضة الزندويستي ان ابا حنيفة رح قال النكاح
جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها يجبره القاضي على ذلك ويحل للزوج الاول
اذا طلقها الثاني بنفسه او بامر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب
واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول
عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلاث يعني انه يجعل الملك الباقي من
الملك الاول كان لم يكن ولا يحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلثا جميعا او فرادى عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقال محمد وزفر والشافعي
رحمهم الله لا يهدم ويبقى الزوج مالكا بما بقي من الاول ويحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر و
ابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة رضي الله عنهم فاخذ الشافعي بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ
من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد رح بان الزوج الثاني غاية الحرمة بالنص قال الله تعالى

خلافه لعلي وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم

فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لان الغاية ينتهي
بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست ثابتة قبل وقوع الثلث وثانيا
قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وجه الاستدلال ان اهل الحديث اوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني
فكان المراد بالمحلل الزوج الثاني وسماه محللا وهو المثبت للحل ثم الحل الذي يثبت به اما ان يكون
الحل السابق او حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني بالضرورة فيكون
غير الاول والا لم يكن حلا ناقضا فكان الجديد كما لا يثبت الا بما يكون بالطلقات الثلث فان قيل سلمنا ان
المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي ان يكون ذلك في المطلقة ثلثا لامرين احدهما
ما ذكره المص ان محمدا هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلثا والثاني ان الحل قبل ذلك
ثابت فيصير الى ما ليس فيه ثابت عملا بالحقيقة فالجواب اما قد ذكرنا العود وهو محمل صحيح بين احدهما
ما ذكرت وهو ليس بمحض والثاني ان محمل الكراهة لا الفساد وتجديد الامر للاول فان محل اوله
كان قبل ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني على الاطلاق محللا وحصره في
بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت غير الثابت قبله على ما ذكرنا فكانت المطلقة ثلثا وغيرها سواء
وهو يبدد فيع الامر الثاني واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر قوله
واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابو حنيفة رح لا يصدق في اقل من ستين يوما وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يصدق في تسعة وثلثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها في آخر جزء من اجزاء
الطهر وحيضها اقل الحيض ثلثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلثة اذا كانت ثلث مرات كانت تسعة
والطهران ثلثون يوما فلذلك صدقت في تسعة وثلثين يوما لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول
قولها واما تخريج قول ابي حنيفة رح فيجعل كانه طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد
الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة لان من النادر
ان يكون حيضها اقل الحيض او يمتد الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلثة اطهار كل طهر
خمسة عشر يوما يكون خمسة واربعين وثلث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر فذلك ستون يوما وهذا
على ما ذكره محمد رح واما على رواية الحسن عنه فيجعل كانه طلقها في آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة
واجب وايقاع الطلاق في آخر الطهر اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا
طهرها باقل المدة نظرا لها فقدر حيضها باكثر المدة نظرا للزوج فثلث حيض كل حيضة عشرة ثلثون
وطهران كل طهر خمسة عشر ستون يوما وقوله وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه
الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ونذكر من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان
مثل هذا يسمى وعدا لا احالة فكان ينبغي ان يقول وعدا غير منجز واما المعنى فلانه لم يتصل به باب العدة
من هذا الكتاب فيجوز ان يكون وعدا منجزا في باب العدة من كتاب آخر والقول الاول ظاهر والثاني خلاف
ظاهر

باب الايلاء

قال في النهاية ذكر الاسئلة في اول
كتاب الطلاق ثم التحريمات التي تتعقب من الزوج بحكم ملك النكاح اربعة انواع الطلاق والايلاء واللعان
والظهار ثم قال فبدأنا بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم ادنى درجة في الاباحة الايلاء

لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجي فكان ادنى درجة منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن
اليمين يقال آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا
منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما مشتبهان في انه لا بائن فيهما الى
الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب كرها ومنهم من يختار الايلاء
لا ان التدارك فيه غير مشتمل نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه ان يكون صادرا من اهل
الطلاق عند ابي حنيفة رح او من اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحة في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه
ان يقول والله لا اقربك اربعة اشهر ونحوه او يقول ان قربتك فعبدي حر واشباهه وحكمه لزوم الكفارة
بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء وهو يمين ينعقد
على الحنث والبر فيه شي دعن هذا قيل المولى هو من لا يخلو عن احد المكروهين فاذا قال الرجل لامرأته
لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة
اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث
وقال الشافعي رح لا يلزمه الكفارة لان الله قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور
لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الآخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا وسقط الايلاء
على معنى انه لو مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين يرتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت
اربعة اشهر بانت منه بتطليقة لان معنى الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم اجامعك فانت طالق
تطليقة بائنة وعند الشافعي رح لا يقع الفرقة بمضي المدة ولكنه يوقف بعد المدة على ان يفي اليها او
يفارقها فان ابى ان يفعل شيئا منهما يفرق القاضي بينهما وكان التفريق تطليقة بائنة لانه منع حقها في
الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها وهو الوطء في
المدة فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تخليصا لها من مرد التعليق ولا
يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت
وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعند المحدثين
هم اربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم
واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها فقد سقط حقها
وأجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء واما في الديانة فلم يسقط فكان الجزاء
زوال النعمة بوقوع الطلاق لمنع حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس
بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك ولان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها
الشخص بعد الايلاء ابدا فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف
على تطليقه او تفريق القاضي قوله فان كان حلف يعني اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها فلا يخلو اما
ان كان حلف على اربعة اشهر او على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان
كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لين تفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل
التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع

بعدهما وهو اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه ابو سهل الشرغي يقول بتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا
مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر كانه قال كلما مضت
اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق باين الا ترى انه لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر
بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها بعد البينونة
بمضي اربعة اشهر بعد انقضاء عدتها عاد الايلاء فان وطئها في المدة والا وقعت تطليقة اخرى بمضي
اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم فيزال بالطلاق
البائن **قوله** ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء
العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي فان تزوجها ثالثا
وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء واما الثاني فبالنظر
الى التزوج قبل الايلاء والاول اظهر عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى
ان لم يقربها لما بينا ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد
زوج اخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق وان وطئها كفر عن يمينه اما عدم وقوع الطلاق فلتقييده
بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق مختص بطلاق ذلك
الملك الذي حصل فيه التعليق وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا
لزفر رح وقد مر قبيل اي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا
يقربها ثم طلقها ثلثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر رح لان الايلاء طلاق موجل فانما ينعقد على
التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلث عليها وكذلك لو بانت بالايلاء ثلث مرات
ثم تزوجها بعد زوج اخر لم يكن موليا الا عند زفر رح واما الكفارة عند الوطي فلبقاء اليمين
لاطلاقها ولوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا فان حلف على اقل
من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا وهو وضع المبسوط او قال لا اقربك شهرين او ثلثة
اشهر لم يكن موليا وقال ابن ابي ليلى هو مول ان ترك وطئها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول
ابو حنيفة رح اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله
فان قيل فتوى ابن عباس رضي الله عنه مخالف بظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم
تربص اربعة اشهر اطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته ولو بمدة يسيرة
كيوم او ساعة يلزمه تربص اربعة اشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن
عباس فكيف رجع ابو حنيفة رح عن قوله فالجواب ان فتوى ابن عباس وقع في المقدرات والراي
لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يرو عن احد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تقييدا
وتقديره والله اعلم للذين يؤلون من نسائهم اربعة اشهر تربص اربعة اشهر ترك الاولى لدلالة الثاني عليه
من باب الاكتفاء **قوله** ولان الامتناع عن قربانها دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع
هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها اي قربان من آلى منها في جميعها شهرا في اكثر المدة وهو ثلثة اشهر
حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي اربعة

اشهر

اشهر لخلو الزايد عن اليمين فكان كمن لم يقربها اربعة اشهر بلا يمين فانه بمضي اربعة اشهر لا يقع شيء
والضمير فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ويجوز ان يكون راجعا الى
اكثر المدة ولو قال المص رح ولان الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في اكثر المدة كان اشمل لتناوله
وضع المبسوط وغيره ولو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع
بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا
واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمته كفارة واحدة ولو مكث يوما او
ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ
والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف
في حكم المعطوف عليه كما في المسألة الاولى واما اذا فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ
وعلى هذا في المسألة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله
وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاول شهرين وبعد الثانية شهرين مضافا الى الاولى بقوله بعد الشهرين
الاولين اربعة الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه يمينين مستقلتين
يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف
النفي صار ايجابا اخر وصارا اجلين وتداخلا كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين
ينقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان
الوقت الواحد يصلح وقتا لايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار
شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد ينتهي الايمان كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران
فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الايلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا
بخلاف المسألة الاولى فانه لما لم يفرد مدة الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة وكان موليا
ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رح هو يقول يصرف الاستثناء الى اخرها
كما لو قال اجرت داري هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة
اشهر الا بشيء يلزمه وهذا ليس بصادق على من نحن فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى يوم منكر فما من
يوم مر عليه بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعل اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه
الى اخر السنة لانه معين فكان تغييرا للكلام من المنكر الى المعين بغير حاجة لان بجهالته لا يمنع انعقاد
اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى اخر السنة لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح
مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو
قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء
يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشكل بمن له اربع نسوة وقال والله لا اقربكن فانه يصير موليا منهن
ان لم يقربهن جميعا اربعة اشهر عندنا خلافا لزفر رح مع ان له ان يطأ كل واحدة منهن الى ان يبقى
على الثلث من غير شيء يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف قبل ان يأتي بالكل كما لو حلف لا
يدخل هذه الادور الاربعة له ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لو كان مسئلة

الحلف على اربع نسوة يبقى القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء
يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه انما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لانه ظالم في حق
كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه لا يلزمه الكفارة
بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب
الكفارة بقربان الآخرة فقط بل بقربانهن جميعا واما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار البر وذلك
يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا تبين بمضي المدة كذا في النهاية قال ولو حلف بحج او بصوم لما فرغ
من اليمين بالله في الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله فيه بذكر الشرط والجزاء بان تعلق قربانها بحج او
صوم او صدقة او طلاق او عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه ولو
قوله البيع موهوم يعني لان الاصل عدم ما يحدث فلا يمنع المانعية فيه اي في الايلاء ولكن ان باع العبد
سقط الايلاء عنده لانه صار بحال يملك قربانها من غير شيء يلزمه فان اشتراه لم يعد الايلاء من وقت الشراء لانه
صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين
قد سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يمكنه من
قربانها بعد موته من غير شيء يلزمه قوله وان آلى من المطلقة الرجعية ظاهر واعترض بان الايلاء جزاء
الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم
يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بغير الجماع فلا يكون الزوج
ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء واجاب العلامة شمس الائمة الكردري
بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن
احق بردهن والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه فكان الحكم المرتب على نساء الازواج بقوله
للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك وانت علي
كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية
اذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا
وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث لان اليمين تنعقد في صورة
الفعل المحلوف عليه حسا ولا تنعقد حلا وحرمة الا يرى انه لو قال والله لا اشربن الخمر في هذا اليوم
فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا ومدة ايلاء الامة شهران وقال الشافعي
مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك
سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف كمدة العدة قوله وان كان المولي
مريضا هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد الايلاء صحيحا مقدار ما يستطيع
فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك ففيؤه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر آخر المدة وهو
عاجز عنده فكان كواجد الماء في اول الوقت فلم يتوضأ حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن
من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثاني
انه آلى وهو مريض وتم اربعة اشهر وهو مريض ففيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الا

عندنا وقال الشافعي هو لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيء يستلزم
الحنث وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يستلزم احد الحنث وهو الكفارة فكذلك في الآخر
ولنا انه آذاها بذكر المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها
في الجماع اذ لا حق لها فيه وانما قصد الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها
باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه
ان يجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل اذا كان المولي مريضا وقت
الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلنا
عن العلامة شمس الائمة الكردري وقد ذكر شمس الائمة السرخسي في اول كتاب البيوع والثالثة آلى
وهو مريض فقدر على الجماع في المدة ففيؤه بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول او لم يف اما اذا لم يفئ
فظاهر وكذلك اذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولي اذا كان
مريضا حال الايلاء لا نسلم ان الاصل فيه الجماع لما ذكرنا آنفا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها
بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد ينقص فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء يقدر
على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الا منع الحق بالجماع والاصل
في الفيء الجماع ولكن في اطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل واذا قال لامرأته انت علي حرام
سئل عن نيته لانه يحتمل وجوها لانتفاء نعمتها من بعض الوجوه لا رادة فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه
لا يقع طلاق ولا يكون ايلاء ولا ظهارا لانه نوى حقيقة كلامه لان المرأة كانت حلالا له فقوله انت حرام
خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف اليه ولا
ينصرف الى غيره الا بقرينة ادنيه لان الحقيقة لا يحتاج الى شيء من ذلك وقيل لا يصدق في القضاء ذكر الحاكم
والكرخي رحمهما الله في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهر لكونه تحريم الحلال
كما نذكره وان قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا من العدد او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة بائنة
وان نوى الثلث فثلث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها فان قال اردت الظهار فهو ظهار في قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ليس بظهار ونقل شمس الائمة السرخسي عن النوادر لمحمد انه
ظهار وتشبيه المحللة بالمحرمة هو الركن فيه ولا تشبيه هنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي
يحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال
اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر
بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا لقوله تعالى يا ايها
النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واما اذا لم ينو شيئا فلان الحرمة الثابتة
باليمين ادنى الحرمات لان في الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة في
الايلاء لا يثبت في الحال ما لم ينقض اربعة اشهر وفي الظهار يثبت في الحال واذا اريد به الطلاق وقع بائنا
ويحرم الوطء والايلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها ويجيء الكلام
فيه في الايمان ان شاء الله تعالى ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية قال

ابو بكر الاسكاف وابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد قال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت
فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان
فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني ان مبنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة
غالبا فقدم باب الرجل على باب المرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها
وهو في الشريعة عبارة عن اخذ مال من المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه
وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قول ابي حنيفة ويمين من الجانبين عندهما
على ما سياتي بيان ثمرة الخلاف واذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي في جانب وخافا
ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا باس بان تفتدي المرأة نفسها منه بمال يخلعها به
لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت
سمى الله تعالى ما اعطته فداء من فداء من الاسر اذا استنقذ لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث
فكان المال الذي يعطيه في تخليصهن فداء فاذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم
الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع
والواقع بالكناية باين فان قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجاب بقوله
الا ان ذكر المال اغنى عن النية ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وقوله واذا كان
النشوز من قبله يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشز اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز
يكون من الزوجين وهو كراهية كل واحد منهما صاحبه يكره ان ياخذ عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال
زوج مكان زوج واتيتم احديهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف
تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف افاد الجواز مع الكراهة
اجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم
المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي والى هذا اشار بدليله
الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها
كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بديا اي
اولا يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية
الاخرى ان رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت
ابن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقصتها ما روي ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس
فجاءت الى رسول الله عليه السلام فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام
لشدة بغضي اياه فقال اتردين اليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا
وكان النشوز منها بما روينا من الحديث فكان قوله اما الزيادة فلا ينفي اباحة اخذ الفضل على ما ذكر
واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان

مقتضى

مقتضى ما تلونا من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة في القضاء
والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف وفرقوا بين العبارتين فان كل مباح
جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فينتفي
الاباحة ايضا واذا انتفى الاباحة ايضا ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز
مع الكراهة وقد ترك يعني ما تلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا فكونه
هنا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي وهو الجواز وفيه
بحث من وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الزيادة وكلامنا في كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا
بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان
غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ منه وهو ناشز اولى ان لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع
من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا اخذ وهو ناشز لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج
مكان زوج الى قوله فلا تاخذوا منه شيئا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب
جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب وكانت
جائزة وان طلقها على مال بان قال انت طالق بالف درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق
ولزمها المال لان هذا تصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما
اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لا محالة وقد علقه بقبولها بدلا له مقام المعاوضة
فان الحكم يتعلق فيه بالقبول واما اهلية المرأة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية
المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض
عنه والجامع وجود الالتزام من اهله هكذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان باينا لما بينا انها
لا تسلم المال لنفسها ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك الزوجة البدل
الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال فان بطل العوض في الخلع اذا خالع المسلم امرأته
على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي بعوض
بها فلم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما الاشتراك في وقوع الطلاق فلانه
علقها بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل
في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها باين اذا لم يكن من الالفاظ الثلثة وفي اللفظ الثاني
منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب الشيء عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما
لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا لالزام غيره لعدم الالتزام بخلاف
ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة او كيل مثل ذلك
من خل وسط وبهذا والصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد
وجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث يكون الكتابة
فاسدة وان اداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة
العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب تجب القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلا

على تسليم البدل لعدم تقومه لزمه قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة اما ملك البضع في حالة الخروج فغير
متقوم على ما يذكر بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شئ وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا
بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة
واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع واما عتق المكاتب اذا ادى لخمر المسماة
لان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيتحقق المشروط فيبقى في قوله على خمر تلويح
الى انه لو كاتب على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو اداه لم يعتق ولا يجب القيمة **وقوله** وبخلاف النكاح للفرق
وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شئ لان البضع في حالة الدخول متقوم ولهذا اذا
تزوج المريض امراة بمهر مثلها كان من جميع المال والفقه ما ذكره وهو واضح قال وما جاز ان
يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع كل ما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع
ولا ينعكس لان ما يصلح ان يكون عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فاذا اختلعت
على ما في بطون غنمها جاز ولها ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امراة على ما في بطون
غنمه وجب مهر المثل لان التسمية صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضية ان تكون مالا بالانفصال
لكنها بالنظر الى ذلك يكون في معنى الاضافة او التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح
لا يحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الآخر واما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة
والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فامكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل واذا صحت التسمية
فلها المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شئ فلا شئ له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون مالا متقوما
وقد يكون ريحا فان قالت خالعني على ما في يدي ففعل ولم يكن في يدها شئ فلا شئ له عليها لانها لم تغره
بتسمية المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره وان قالت خالعني على مال في يدي ففعل فلم يكن في يدها
شئ ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى
وقيمته للجهالة اي بجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه بجهالة المسمى واذا كان المسمى مجهولا
كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين
ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه قوله ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم
واضح **وقوله** وكلمة من هنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان او درهم يجب ان
لا يجب عليها شئ غير ذلك لان كلمة من للتبعيض فكانه اراد بكونها صلة ان يكون للبيان على اصطلاح
النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام بدونه
بدونه فهو للتبعيض كما في قوله اخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح
الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن
فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلثة دراهم واعترض بان ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز
ان يكون بدلا من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقوله الدراهم يكون بدلا ايضا ويكون
تقديره خالعني على الدراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود يراد به الى اصله فلو كان في يدها درهم
واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان

تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلثة وهو المطلوب وعن الثاني بان اللام انما لا معهود ثم بل ما في يدها معهود بالاشارة
بها فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلم اليه والا
فلا شئ عليها لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض
فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة
فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطلها لكن ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت
رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما
يفسده من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شئ وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة لجهالة
المستحق لكونها تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف
كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فيصلح اشتراطها على تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق
التسليم فوق استحقاق التسليم فان بيع ما يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا
يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في ملك الشئ للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة
عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب قوله وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امراة
على عبد آبق على انه بري من ضمانه لم يبرا وعليه تسليم عينه الى آخره واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة
فعليها ثلث الالف وكلامه واضح وان قالت طلقني ثلثا على الف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي
ولا شئ عليها عند ابي حنيفة وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على ما لا من جانب المراة
معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء
واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة ان كلمة على للشرط اي يستعمل للشرط
مجازا قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم الاشراك بالله ومن قال لامراته
انت طالق على ان تدخل الدار كان شرطا ويجوز المجاز ما ذكره المصنف انه حقيقة في اللزوم واستعير للشرط
لانه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط
وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق
والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز آخر وليس احد المجازين اولى من الآخر فان اللزوم كما
هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع
للطلاق فجاز ان يقبل تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف
وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازا اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى كما
عرف في الاصول **قوله** على ما تقدم اراد به قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان طلاقا بعد
غير مبني على سؤالها فوقع وله الرجعة قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها
على الفاء بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا بين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه
ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال ومن
جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس **قوله**
لان معنى قوله بالف تعويض بحسب علية نظرا الى الباء ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون في عليك نا

قول ابي حنيفة واما عندهما فلا فرق بين العبارتين والعوض لا يجب بدون قبوله ظاهر قوله فالمعلق بالشرط
لا ينزل قبل وجوده ويحتاج الى ان ينضم اليه وجوده بكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول واذا
قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني قوله اول هذا الباب
من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم
لها نفسها ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رح
وكذا لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف
اذا قبل واذا لم يقبل لم يقع الطلاق والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين احدهما ان المرأة
او العبد اذا قبلت المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة رح ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على
المرأة والعبد المال والثاني انهما لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما لا اذا لم
يقبلا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع
معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت ولهما
ههنا طريق آخر وهو ان يجعل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك
الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة رح ان قوله وعليك الف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل
ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان الطلاق
والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا
يوجدان دونه اي دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال انت طالق
على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج وجائز اذا
كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وان اجازت الطلاق او لم ترد الخيار حتى مضت ثلثة ايام
وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة رح وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف
درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين يعني ايجاب الزوج
وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا تحتمل
الفسخ واما من جانبها فلان قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج يتم بقبول المرأة فاخذ قبولها
حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة رح ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع الا ترى انها لو رجعت
صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لا
يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين و
اليمين لا يحتمل الفسخ اجيب بان كونه شرط يمين لا يمنع ان يكون تمليكا في نفسه كمن قال لآخر ان بعتك
هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر فانه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة ان يكون شرطا لليمين واذا
كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا قائما بهذا الوصف وهو انه تمليك
مال وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق معنى يصح الخيار من العبد اذا شرط في الاعتاق على مال
كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول
قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري

ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع
والاقرار به اي باليمين على ما دليل الحلف او المذكور لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه
اي بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار بما
لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه عن الاقرار وهو غير مسموع قال والمباراة كالخلع المباراة
بفتح الهمزة مفاعلة من باراه شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل
في هذا الفصل ان المباراة والخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق
بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمباراة النفقة والسكنى ما دامت في العدة
به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو
يوسف رح معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المباراة فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على ما زاد
من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة وفي قولهما يرجع عليه باربعمائة ولو كانت قبضت
الالف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها
على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج
بدل الخلع ولا يتبع احدهما الآخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج بدل
الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر
مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي
حنيفة رح وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند
ابي حنيفة رح خلافا لهما واما اذا باراها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده
وعند ابي حنيفة وابي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة رح لمحمد رح ان هذه اي كل واحد
من الخلع والمباراة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب
بسبب آخر او دين في دين لا يسقط بها شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح
ولابي يوسف ان المباراة مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي براءة
كل منهما عن الآخر فانه اي لفظ البراءة على ما قيل وعلى ما دليل المذكور مطلق وقيدناه بحقوق النكاح
لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة
انما يكون باسقاط ما وجب بتلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض وهو قطع المنازعة الناشئة
بالنكاح فيفيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح
فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل
وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحق قوله لا انه وقد
صدر مطلقا من غير تقييد بالنكاح كالمباراة فيعمل بالاطلاق كما في المباراة في النكاح واحكامه وحقوقه
قوله بكمال الفصل ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به وانما يجب بعده شيئا فشيئا ومن خلع
ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه اي في هذا الخلع لان البضع
في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بالمتقوم

ليس من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم
حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهذا من وجوه
النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق او لا يقع فيه
روايتان في رواية تقع وفي رواية لا تقع ومنشأ الروايتين قول محمد فيه لم يجز في الكتاب ولم يجز فانه يحتمل
ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال
نص عليه في المنتقى فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت وقعت او قالت
الصغيرة لزوجها خالعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المص وقال والاول اصح لانه
تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار وفيه
وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذا هنا اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان
لا يجرى فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب لو وجد منه
شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين لا يصح من كل احد فان خالعها على الف اي على الاب ضامن او الخلع واقع
والالف عليه اي على الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج
لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه قلت ما ذكر ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكونه
في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب اولى وذكر فيه وجه الاولوية ان للاب
ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف
من اجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية
عامة التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تأمل فان التصرف في مال الصغير
انما يؤثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك فكانت تلك الولاية وعدمها سواء
ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف داير بين النفع والضرر ونفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان
التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع فقد الشفقة فلان يصح من الاب مع وجودها اولى فان قلت على ما ذكر
من كون الاجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده
على مال على الاجنبي كما يصح على مال عليه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت يحصل
للعبد حرية نفسه التي هي حيوة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس للاجنبي كذلك لا يقال في الخلع ايضا
يحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس للاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع
يدفع المانع ليعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق **قوله** ولا يسقط مهرها يعني وان
كان الخلع يسقط لانه لم يدخل تحت ولاية الاب لانه ليس من النظر وولاية نظرية **قوله** وان شرط الالف
يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة يوقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تعقل العقد
وتعبر عن نفسها فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان
قبل الاب عنها ففيه اي في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تخلص
عن عهدته بغير مال فيصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لا يصح لان
هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف

على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود الشرط وهو القبول وليست من اهل الغرامة وان قبل الاب عنها ففيه الروايتان
في رواية يصح وفي اخرى لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفا وان ضمن الاب المهر اي التزم بمعنى اذا خالع الاب
الزوج والتزم المهر على نفسه وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسماية استحسانا لان
وضع المسئلة فيما اذا كانت غير مدخولة وكان المهر الفا فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب
لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسماية وكانه خالعها على خمسماية صريحا وفي القياس يجب
الالف بحكم الضمان ثم اعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو الف درهم اذا صح لا يخلو من احد الامرين اما ان تكون
مدخولا بها او لا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان لم تكن فلها
على الزوج نصف المهر لان النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان
في القياس واما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسماية لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف
سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب
هذا اذا لم يقبض المهر واما اذا قبضت كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم
له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود واصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل
الدخول على الف ومهرها الف ولم يقبض شيئا فالقياس ان يجب عليها خمسماية للزوج لان خمسماية من
المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة
لان لها على الزوج خمسماية باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسماية زايدة على الالف تتميما للالف
التي لزمتها وفي الاستحسان لا شيء عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها
شيء زايد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الالف وخمسماية الالف بدل الخلع وخمسماية
نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسماية بدل الخلع وخمسماية بالطلاق قبل
الدخول **قوله** زايدة بالجر لان الصفة يتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في النهاية
وقال وهكذا افاد شيخي رحمه الله والله اعلم

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب
الخيارات المتقدمة في اول كل باب منها ويحتاج الى تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب
اللعان فان سبب اللعان عند انما نسبة الى غيره منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة
الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة
على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأة
انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او ابنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم
الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز نعم ان آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر
عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائنا وركنه قوله لامرأته انت علي كظهر امي وما قام مقامه وحكمه حرمة الوطي
والدواعي مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه
لا يحل له وطيها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون
لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم
موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امرأته جعلها في التحريم

على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من اقربه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا
احسن في الذكر واشهر من الظهر مع اصابة المعنى الذي ارادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة
قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي
ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت
ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما يدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض
جيراني فاخذت ثيابا فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن
عمك وقد كبر فاحسني اليه فجعلت اشكو الى الله ورسوله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال قد انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله قد سمع الله قول
التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا
رسول الله فقال مريه ان يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين
مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال انا سنعينه بعرق فقلت وانا اعينه بعرق ايضا قال افعلي
واستوصي به خيرا وقال علماؤنا رحمهم الله المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف
وقال الشافعي المراد هو السكوت عن طلاقها فاستوصي به خيرا وقال علماؤنا رحمهم الله المراد من العود هو العزم على
الجماع الذي هو امساك بالمعروف عقيب الظهار **قوله** وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم
الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا
من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب الباطل والجناية تناسبها المجازاة عليها
بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي الدواعي
لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس في القرآن كناية عن الجماع واجاب صاحب الاسرار
بان التماس حقيقة في المس باليد والكلام في الحقيقة حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض والصائم حيث
لا يحرم الدواعي فيهما لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وما
في كتاب الكراهية فان قيل لما كثر وجودهما كانا ادعى الى الشروع الزاجر من الظهار فلم انعكس الامر اجيب
بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار اكثر فلكثرة اوقات الطهر كان الجماع
موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتورا ورغبة في الجماع فلا يليق به ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود
الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء
عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطئ حتى يكفر
لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله صلعم ظاهرت من امرأتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها
فقال صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال انه لو كان شيء آخر واجبا
لبينه عليه **قال** وهذا اللفظ بها اشارة الى قوله انت علي كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار
فلو نوى الطلاق او الايلاء او قال لم انو به شيئا يكون ظهارا لانه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من الاتيان
به لان في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك وان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر
لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة للعهد اي المحللة نكاحا لا بملك اليمين بالحرمة تأبيدا لا توقيتا

وهذا المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر
لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها **قوله** وكذا ان شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التأبيد وان قال
راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن
فيكون تشبيها من المرأة كتشبيه ذات المرأة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا لان
الحكم لا يثبت في ذلك الجزء اولا ثم يسري الى سائر البدن كما بينا في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي
احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك وكلامه ظاهر **قوله** وان لم تكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة رح وحده وعن ابي يوسف رح فيه روايتان احديهما
كقول محمد لانه قال لي والدي اذا قال هذا في حالة الغضب وقال الرجل به البر يصدق في القضاء وهو ظهار
وعنده قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وكانه قال انت علي كامي
بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئا يثبت اقل الوجهين وهو الايلاء ووجه قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما ذكر في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه
الا ان يتبين خلافه بالنية والفرض عندهما ووجه قول محمد رح ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا
فالتشبيه بجميعها اولى وان عني بالتحريم لا غير فعند ابي يوسف رح هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين
فان الحرمة الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله
وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزورا ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة
والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية
وغيرها وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى به ظهارا او طلاقا
فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسألة
الاولى ووجههما ظاهر وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما
يعني قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين **قوله** لان كاف التشبيه يختص به وان قال انت علي حرام كظهر امي
ونوى طلاقا او ايلاء لا يكون الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط وقالا
هو على ما نوى ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر
الشهيد والامام العتابي في شرحهما للجامع الصغير لان التحريم يحتمل ونية المحتمل صحيحة غير ان عند محمد رح
اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رح يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا
بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة
بهذا الاسم وقال لي امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر
وضعفه شمس الائمة السرخسي بان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد
ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام قلنا اللفظ
الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين واجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال لا يصح ظهارها بالمبانة على قول
وكان هذا رواية منه على صحة ظهارها بالمبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم يكن له نية يكون ظهارا
فلا يصدق في ابطال حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لانه اقربه **قوله** وقد عرف في موضعه يعني مبسوط

شمس الائمة ولابي حنيفة ان قوله انت علي كظهر امي صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه
الى النية فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير قوله انت علي حرام يحتمل تحريم
الطلاق وغيره كما مر فيرد التحريم اليه اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل الى المحكم ولا يكون الظهار
الامر الندبية حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل
في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية
الرد بسبب الحرمة فلا يكون الامة في معنى المنكوحة حتى يلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا
طلاق في المملوكة وعورض بان الامة محل للظهار بقاء فيجب ان يكون محلا ابتداء كما لو ظاهر من امرأة
وهي امة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية
في النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان
حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فيبقى الى ان يوجد الكفارة
فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم يحل بعد ذلك بسبب الملك ما لم يتزوج آخر فان
تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادف في التشبيه
وقت التشبيه لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا
من القول والظهار منكر من القول قوله والظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره
الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على الاجازة توقف اعتاق المشتري
من الغاصب على اجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق
النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوق
ان النكاح امر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق
المشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق الملك لكونه منهيا للملك وتمامه
ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وكلامه فيه واضح قوله بخلاف الايلاء
منهن يعني بان يقول لهن والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا وان
قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لهتك حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر
الاسم

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطي ودواعيه الى نهاية
ذكر في هذا الفصل ما ينتهي به تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى
عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفاء وانما كان ذلك والله اعلم
لان الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها
لابد وان يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فضم الى ذلك العود مما قال لكونه
نقض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل حتى لو عاد بالعزم على الوطي ثم ابانها او ماتت
لم يلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز
الكفارة بعد الظهار وقبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب ان المراد
بالعود حقيقة ان كان هو الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نم جواز تقديم الكفارة عليه فنم يجب

اذا طلقت ثنتين لم يحل بعد ذلك

تقديم

تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت انهاء للحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد انهاء الحرمة
بالكفارة فوجب التقديم على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة
وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق بلا صنع لا ينوب عن الكفارة الا ترى انه لو ورث اباه ونوى
الكفارة لا يخرج عن عهدتها قوله من كل وجه متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك
ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على الحصر بوجهين
احدهما انه لم يسمع من ائمة اللغة رق حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا اي عبدا
واجيب عنه بان الازهري يحكي عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما لغة والثاني ان تذكير الذات
لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار
المعنى الثاني قوله والكافر فيه خلاف الشافعي اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة لان الكفارة حق الله تعالى
وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق قوله
والقصد من الاعتاق التمكن من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق
هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى ثم مقارفته المعصية اي مقارفة بعد ما كان عليه من الكفر
يحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقائل ان يقول مقارفة المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم
يكن مقصود ذلك منه بانفكاكه عن الصرف اليه كما في الزكوة والجواب ان الثاني جواز صرف الزكوة اليه
ايضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم اخرجهم
عن المصرف قال ولا يجوز العمياء اي لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او انثى وكلامه فيه
والضابط في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه منوية
بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله منوية
احترازا عما اذا اعتق نصف رقبة عن كفارة ثم اعتق النصف الاخر لم يجز وان اعتق النصف الاخر قبل الجماع جاز
وقوله كاملة الرق احترازا عن المدبر كما تقدم قوله مقرونا بنية الكفارة احترازا عما اذا اعتق عبدا لم
ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا وقوله وجنس ما يبتغى من المنافع
فيها قائم احترازا عن مقطوع اليدين او الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احترازا عما اذا اعتق عبدا على
بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير به ذلك كالهالك فان
قيام الشخص بمنافعه وقوله ويجوز الاصم والقياس قوله لان فوت البطش بهما يعتمد ان ما يتوصل به الى القوة
كان مانعا فقطع ابهامي كل يد كقطع جميعها وقوله والذي يجن ويفيق يجزيه يعني اذا اعتقه في حال
افاقته ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل
ورقبة المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا فانه اذا ثبت فيه شيء من
الفروع الحكمية ذاك في مقابلة شيء من الضعف الحكمي قوله فاشبه المدبر استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر
واعتاقه عن الكفارة عنده اي الشافعي جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا قوله على ما بينا اشارة الى قوله
ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده عن النبي عليه السلام قوله والكتابة لا تنافيه دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة

ولم يزل رقه بها لان الشيء لا يزول الا بما فوقه والكتابة لا تنافي الرق فانه اي عقد الكتابة او ذكره باعتبار الخبر
فك الحجر اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن
في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون
اجاب بقوله الا انه اي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه اي جانب المولى قوله ولو كان مانعا
جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق كفارة لكنه اذا اعتقه عن الكفارة
ينفسخ قبل الاعتاق بمقتضى الاعتاق اذ هو اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل لو صح اعتاقه بكفيها
وانفسخ عقد الكتابة بمقتضى الاعتاق تسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون بجهة التكفير
ولم الاكساب اجاب بقوله الا انه يسلم له اي المكاتب الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل يعني
المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو اعتق باداء بدل الكتابة
وهذا لان الفسخ لا يتحقق الا برضى المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيعتد دلالة والدلالة انما تتحقق اذا سلمت له الاكساب
والاولاد فيجعل العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير
لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين او لان الفسخ يثبت ضرورة صحة الاعتاق
فلا يظهر في حق الاولاد والاكساب وقوله وان اشترى اباه او ابنه فاضح قوله بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا
يعني انه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا
لانه يصير حرا مديونا بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزى اجيب بانه انما يجزي لان وجوب هذا الدين
بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص
على ملكه لتعذر استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما بقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد الا شيئا
ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى زمان وجود السبب
فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع
الكفارة على ما نذكر فيما يليه اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون
لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستندا
ويلزم منه النقصان المانع فان اعتق نصف عبد عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين
ولا محذور فيه فان قيل قد يكون فيه النقصان لما مر والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان متمكن
على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه اعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم اعتق ما بقي ومثله غير مانع
كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان
الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان يمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن ان يجعل النقصان
الحاصل في النصف الباقي مصروفا الى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم
يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل
كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان قوله وهذا اي جعله اعتاقا بكلامين على اصل ابي حنيفة رح في تجزي
الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين
وعلى هذا ابتني المسئلة التي تليها وهي ظاهرة الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعوض اي

اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا وهو اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز عن الكفارة واجيب بانه
انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف العبد كان لم يكن فكانه قد جامع
قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك قال واذا لم يجد المظاهر ما يعتقه فكفارته
صوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام بغير
الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان دخل فيه صيام شهر رمضان او يوم
النحر او ايام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا
او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يستانف وانما قيد بالتي
ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطئا يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه
الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسد بان وطئها بالنهار ناسيا او بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع
فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه
عامدا يستانف بالاتفاق واما ذكر العمدية في الليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطي
بالليل سواء فعرف ان الاختلاف في وطي لا يفسد الصوم لابي يوسف رح ان هذا وطي لا يفسد به الصوم
فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط في كون الصوم كفارة وقد
وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا
فيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستيناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض اهون من تاخير
الكل ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا
يحتمل وجهين احدهما ان يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم
خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه وانما
الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه ينعدم به اي بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف لانه ان
عجز عن الاتيان به قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة
الشارحين والثاني ان يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه
قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع
التي ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستيناف
وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الى آخره والجواب عن قوله انه
لا يفسد الصوم فلا ينقطع التتابع ان عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا
يتعدى الى قطع التتابع ونفي العمد لعدم القائل بالفصل وان افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير
عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه وهذا احتراز عما اذا افطرت المرأة في كفارة القتل
او الافطار بعذر الحيض فانها لا تستانف لانها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما
ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب
الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان
كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته وقوله وان ظاهر العبد ظاهر وقوله او قيمة ذلك اي

غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة اذا كانت اقل قدرا مما
قدره الشرع وان كانت اكثر من الآخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع
من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة يبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل
فيه ان كل جنس هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار بمعنى النص في المنصوص عليه وانما
الاعتبار له في غيره قوله في حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة
بنت ثعلبة وهي المجادلة التي نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم واما سهيل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان
المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المصنف
موافق لما اورده الامام المستغفري في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثي وقوله فيعتبر بصدقة الفطر
يعني في المقدار ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا منا من حنطة ومنا آخر
فقيرا آخر لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام
المعتاد للمساكين واما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون
التفريق جائزا قوله او قيمة ذلك ظاهر قوله لحصول المقصود اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد
الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر واما اذا اختلف الجنس
كما اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة والكسوة ارخص من الطعام فلم يجز لما
ان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا ترى ان الاباحة في احدهما يجوز دون الآخر واستشكل
بما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها
وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق واجيب بانه لا يجوز لان نصفي الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل
رقبة يمنع التكفير بها وقوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر وقوله فان غداهم وعشاهم فكلهم الاولاد
لا باس لان التغدية وحدها او التعشية وحدها لا يجزي قال في المبسوط المعتبر فيه التمكين اكلتان مشبعتان
اما الغداء والعشاء واما غداءان او عشاءان لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء
وفي المجرد عن ابي حنيفة رح اذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لا يجوز قوله قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان
المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم شبعان اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد الاطعام
العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما اشبعهم وقوله
وقال الشافعي رح متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكوة
وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا
ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعام لانه جعل الغير طاعما وفي الاباحة ذلك اي
التمكين كما في التمليك فيتادى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فرعاية عين النص واما بالتمليك
فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعمه او يصرفه الى حاجة اخرى فكذلك يقام التمليك
مقام المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فهما اما الواجب في الزكوة فهو الايتاء لقوله تعالى وآتوا الزكوة
وفي صدقة الفطر الاداء لقوله عليه السلام ادوا عن من تمونون وهما للتمليك حقيقة قوله ولو كان فيمن عشاهم
صبي فطيم ظاهر قوله وبهذا اشارة الى قوله لم يجز الا عن يوم يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين

مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة
اليوم لا حاجة له الى سد الخلة بصرف وظيفة اخرى اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفي في حكم تلك الكفارة
كالمعدوم ولا يمكن ان يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير باتم من هذا وقد قيل يجزيه لان
الحاجة الى التمليك كثيرة تتجدد في يوم واحد فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف
حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته منه في يوم ينتهي حاجته الى الطعام ولا يتجدد الا بتجدد
الايام وبخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم
يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة قوله وان قرب التي
ظاهر منها في خلال الاطعام واضح وقوله والمنع لمعنى فيه يعني يوم القدرة على الاعتاق لا يعدم
المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلوة في الاوقات المكروهة قال واذا اطعم
المظاهر عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجز الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما بالاتفاق له
ان بالمؤدى وفاء بهما اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر وفي الصاع وفاء بهما لا
محالة والمصروف اليه محل لهما لان الفقير لا يخرج باحد الحقين عن كونه مصرفا فالبقاء الخلة والنية
معتبرة فيقع عنهما كما لو اختلف السبب يعني اطعم ذلك عن افطار وظهار او فرق في الدفع ولهما ان النية
في الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والغرض عدمها فلغت النية واذا لغت وقد
يبلغ كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة
فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في
الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة
فكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي ان يقع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صح
نية التعيين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا وهذا اصل وهي التي عينها واجيب عن الاول بان النية معتبرة في
الجنسين لانهما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن احد
الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فان اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين
قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد في الوظيفة ونقص
عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا كل واحد صاعا قوله ومن وجبت عليه
كفارتا ظهار وظاهر وقوله كان له ان يجعل ذلك عن ايتهما شاء جواب الاستحسان والقياس ان لا يجوز
وهو قول زفر رح لخروج الامر من يده وان اعتق عن ظهارها وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رح لا يجزئ
عن احدهما في الفصلين يعني في متحد الجنس ومختلفه وقال الشافعي رح له ان يجعل عن ايتهما شاء في
الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر جنس واحد والنية في الجنس الواحد غير معتبرة
فبقي نية اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل عن ايتهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر انه
اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس

المتحد لغو فبقي معناه فنوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا لغت صار كأنه اعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز وله ان يصرفها الى ايهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لان نوى التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات واذا اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء نية التوزيع وبقاء اصل النية اذ الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التعيين فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة فلا يصير صائما اذ الجنس مختلف واعترض على هذا بما اذا نوى عن فرضين بطريق عليه فان الجنس متحد ومع النية لا بد منه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب بانا لا نسلم اتحاد الجنس لانه يختلف باختلاف الخطاب لانه فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من قوله الشهر فافهم والله اعلم بالصواب

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل وهو مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعان والغضب وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما في غاية اللعان قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة لو من اهل الاداء وهذا لا يجري بين المملوكين والمرأة ممن يحد قاذفها حتى لو لم يكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان فان قيل اللعان يجري بين الاعميين والفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها اجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة حتى لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضي خان وعن الثاني بانه انما شرط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم يكن كذلك لا يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بفقد احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم وقوله والاصل اعلم ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولما روي عن ابن مسعود رضه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارايتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان لانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امرأته بشريك

بن سحماء ائت باربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة الآن يجلد هلال بن امية فيبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان لنظرها في آية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان يكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفيا للتهمة وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تأكيدا له قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فعساهن يجترين على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ادعاء لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر والاشهاد بالله كاذبا مع وقوع اللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل سلمنا لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف فيجري مجراه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او في كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة اجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بعد فساد دلالة اطلاقا لانه شهادة ثبتت بدلا عما يلزمه في الابتداء وبعد هذا فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك باللعان ببعضهن فيلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لانه موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عنده في اللعان ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان اهلا باليمين كان اهلا للعان قال فاذا ثبت هذا نقول يعني اذا ثبت ان الاصل في اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان نقول لا بد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان يكون المرأة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف فانه يكون قاذفا للمرأة فكذلك هنا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به فقال ان نفي لا يصير بنفي الولد قاذفا ما لم يقل وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفا ما لم يقل وانه من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام هو والقياس ما قال الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها وعزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه من غيره

عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وبه الضرورة معدومة في حق الاجنبي ويشترط طلبها بموجب القذف
لانه حقها فانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه
الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه
ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب اي سبب اللعان لان علته وهو التكاذب
لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا كذب نفسه
فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في اتهامها ثم لا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقيل انها مبنية
على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر الا ترى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل في القذف
لكن يرتفع الشين بالتكاذب وبعض الناس من قال اراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان وقيل
قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا
يحبس ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
وقوله الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي بناء على ان اللعان شهادات والطالب بها هو المدعي ولا
يعني لكن لانه استشهد بان المستفاد من النص لا يدل على المبدوية فقال انه يبتدأ به قوله فان امتنعت
ظاهر واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه
الاسلام او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه ليس من اهل
الشهادة فيصار الى الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية فانه
كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط فاذا امتنع صير الى
الاصل وقوله وان كان هو من اهل الشهادة ظاهر وقوله والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم
وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد
له اصل في كتب الحديث ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرح مختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي الى عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابي بكر الرازي لعدالته وفقهه وضبطه معتمدا ولو كان محدودا
في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فان قيل لم لا يعتبر
وهي ايضا محدودة في القذف درأ للحد اجيب بان المانع عن الشيء انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي
لانه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام ما يقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم
وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد
قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها بكونها محدودة في قذف بطل المقتضي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد الا
المنعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع وهو يعني بالمقذوف عبدا امرأته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه
ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من اهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان
فيجب ان يحد لان القذف موجبه واجيب بان في العبد شبهة الاهلية لانه له شهادة بعد العتق فاعتبرت
درأ للحد وليس كذلك المحدود في قذف قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي صفة اللعان
على ما ذكره في الكتاب واضح قوله فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما يفيد انه لو مات احدهما
بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة

المؤبدة بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفي الاجتماع بعد التلاعن وهو
تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان ووجه
الاستدلال ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فاذا امتنع ناب
القاضي منابه دفعا للظلم قوله دل عليه اي على انه لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه ايضا كان
اولى فتامل وقوله قول ذلك الملاعن يريد به عويمر العجلاني فانه قال عند النبي عليه السلام بعد اللعان
كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلثا ولم ينكر عليه النبي عليه السلام ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول
الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد انكر عليه بقوله لا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال
زفر بالحديث يجيء ثم اذا فرق الحاكم يكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي
ينتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين قوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما مسئلة مبتدأة وقال ابو يوسف
هو اي الثابت باللعان تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد وهو ينافي
عوده خاطبا ولهما ان الاكذاب اي الاقرار بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها
ولا منافاة بين نص التابيد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين لانهما يكونان
متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان او مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شيء بعد الاكذاب اما
حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت الاهلية
ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه من الاب والحقه بامه وصورة اللعان بنفي
ذلك ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الى آخره وهو ظاهر قوله ولان المقصود من هذا اللعان
نفي الولد حيث كان القذف به فيوفر عليه اي على الزوج مقصوده فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا النفي
فلا يجب ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه
واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفي الولد ينفك عنه اي عن التفريق
اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب
عنه فلا بد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن ابي يوسف قوله فان عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان
حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه
اذا اكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان
التفريق بينهما ولا يتاتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه
كان موجبا للعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين بخلاف ما لو اكذب نفسه بعدما لاعنها لانه وجب
اللعان هناك باصل القذف والحد بكلمات اللعان فعدد بها فيها الى النفي وانتزع معنى الشهادة
منها باكذاب نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيها قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا
لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال انت طالق ثلثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلث
فانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية انت طالق ثلثا لم يلزمه الحد ولا اللعان لانه قذفها
وهي منكوحته ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط
قوله وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز ان يقال ذكر هنا لـ

نفيها ونقل هنا لفظ القذف وبقي قوله وكذلك ان قذفها غيره فحد به يعني جاز له ان يتزوجها قوله لما بينا
يريد به قوله لانه لما حد لم يبق اهلا للعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها لانتفاء اهلية اللعان من جانبها
فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم انهما زوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما
يرجمان فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك انى يبقى محلا للتزوج اجيب بان معنى قوله
حدت جلدت وتصوير المسئلة ان يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان فكان
حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح
ولم يوجد قال واذا قذف امرأته وهي صغيرة واذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة او مجنونة
فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف اجنبيا لعدم احصانهما لان من شرط البلوغ والعقل
وكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم
الاهلية لكونه غير مخاطب وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف
لا يثبت الا بالتصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق
ولنا ان الاشارة لا تعرى عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد
واذا قال الرجل ليس حملك مني ظاهر والضمير في قوله بقيام الحمل منه للقذف قوله والقذف لا يصح
تعليقه بالشرط انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لا افضائه الى ابقائه الى زمان وجود الشرط
في ذمة الحالف وفي ذلك احتيال لاثبات ما يندرئ بالشبهات وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا
قوله وقد قذفها بالحمل روي انه عليه السلام قال ان جاءت به اصيهب اريصح حمش الساقين فهو لهلال
وفي رواية احيمر قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال
صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولنا ان نفي الولد حكم من احكامه ولا يحكم
لا يترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله اي قبل انفصال الولد اي قبل حصول الولادة فان
قيل بل يترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله اجيب بان اللعان في حق الزوج
بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على
انفصال الولد ولا يثبتان في الحال وحاصل الجواب ان هذه الاحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفي الولد
لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث اي حديث هلال محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي
بدليل ما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي
قوله واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي يقبل التهنئة قال في النهاية على بناء المفعول
لا الفاعل لانه لو قبل التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر قوله يصح نفيه في مدة النفاس يعني اذا كان
حاضرا ولابي حنيفة رحمه الله انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتأمل لئلا يقع في نفي الولد مجازفا واحوال
الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه اي على عدم النفي وهو قبول التهنئة او سكوته عند التهنئة
فان دلت ثم ادعته انه الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة او مضي ذلك الوقت
وهو ممتنع من النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي منه بعده وليس فيما ذكره في الكتاب ذكر مدة
معينة كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه قدره بسبعة ايام لانه في هذه تستعد للعقيقة وانما يكون العقيقة

بعد سبعة ايام ولكن ما اضيف لان نصب المقدار بالرأي لا يجوز وذكره الشافعي انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه
مقدر بثلثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي
ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدته الآن فله النفي عند ابي حنيفة رحمه الله في مقدار ما يقبل فيه التهنئة وعندهما
في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم فصارت حال القدوم كحال الولادة
قوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر قوله والاقرار بالعفة سابق على القذف جواب سؤال تقديره
ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني
فيجعل قيام الاقرار بعد القذف ابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا
هنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة فصار كانه قال
انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن ولا يكون ذلك اكذابا فكذلك هنا والله اعلم بالصواب

باب العنين وغيره

لما فرغ من ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح
والطلاق ذكر في هذا الباب احكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض
بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عن به اذا حبسته
الابل او من عن اذا اعرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين ان يقوم آلته او لم يقم وبين ان يصل الى
الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به او لضعف في خلقته او لكبر سنه
او لسحر او لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها قال واذا كان
الزوج عنينا واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة ابتداؤها من وقت الخصومة فان وصل اليها
والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك وهو قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء
الامصار كابي حنيفة رحمه الله واصحابه والثوري ومالك واصحابه واحمد واصحابه ولان حقها ثابت في الوطي
ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها
بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان المرض قد يكون لغلبة رطوبة فيداوى بما يضاده من اليبوسة او بالعكس
من ذلك وكذلك بقية الطبايع فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف
ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل ينبغي ان تقدر السنة الشمسية
اخذا بالاحتياط لانه ربما يكون يوافقه العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية و
فليس بظاهر الرواية على ما نذكره ولا بد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل
القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح
لا يقبل الفسخ عندنا يعني بعد التمام واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد
تقدم وانما يقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم يكن بائنة
يعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطي
واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة
لان المرأة قد سلمت البدل مع وجود الآلة فيجب عليها البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما جميعا لانه
ما ذهبوا اذا جاء العجز من قبلكم ويجب العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بينا بعينه في باب المهر

اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق
حق الفرقة حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر شاهدا له والقول
قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا
صورة ثم ان حلف بالله لقد اصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر النساء اليها فان قلن هي
بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن
ليكون حجة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر
بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا
فثيب وقيل تكسر البيضة فتصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر وقوله وان كان مجبوبا فرق بينهما
في الحال ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب حلف الزوج حاصله ان الارادة للتشكك مرتين مرة قبل الاجل للتاجيل
ومرة بعد الاجل للتخيير وان نكل خيرت لتأيدها بالنكول اي لتأيد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج
عن اليمين وان حلف لا تخير لبطلان حقها وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه يعني
قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها
رضيت ببطلان حقها وكذا اذا قامت عن مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا
بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله فالتفريق كان لحقها
فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب
بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر
قال وفي التأجيل تعتبر السنة في التأجيل يعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة
واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتبر بالشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من ماية وعشرين جزءا
من اليوم ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة
في مدة التأجيل ايام آخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة
التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب بمرضه
ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من
ايام اخر وعلى هذا فتوى المشايخ وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مرض مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان
اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب وجعل ابدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر
رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار دون الليل يكون نصف الشهر
فيثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه ايام
المرض وعن محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد
في مدة بقدر مدة المرض واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال
الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر قولك امرأة
رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الا المبال والقرن بسكون
الراء قال في المغرب هو لحمة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم يمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء

بها ذلك

بها ذلك قال لانها يعني العيوب الخمسة يمنع الاستيفاء حسا او طبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما طبعا
ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما تسري الى الاولاد والطبع
مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكلية
بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى قيل فيه ضعف لان
النكاح موقت بحيوتهما اي كون هذه العيوب لا يوجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة
لا يؤثر في عقد النكاح الا ترى انه لو لم يستوف لجذام او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق
هو التمكين وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الرتق والقرن فبالشق والفتق وقوله عليه السلام
فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي ان رسول الله عليه السلام تزوج امرأة فوجد
على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه عليه السلام قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات
الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود
واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر
عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم
الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح
وهو الوطي لان شرعية النكاح لاجل الوطي وهذه العيوب غير مخلة فافترقا فان قيل جعل المقصود الوطي
فيما اذا كانت بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة
جعل المقصود المشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار
الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطي وليس كذلك
وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف هذه العيوب الثلثة والله اعلم

باب العدة

لما كانت العدة اثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها
لذكر وجوه التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقراء المرأة وفي الشريعة
تربص يلزم المرأة عند زوال الملك المتأكد بالدخول او الخلوة او الموت وهذا اي قال سببها زوال
ووقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل ينقضي بعدها فقيل هي كف المرأة نفسها عن افعال محظورة
عليها وقد عرف في موضعه قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا
ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه اذ الرجعة لا تكون الا في المدخول بها او وقعت الفرقة
بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والفرقة في
النكاح الفاسد وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن
ثلثة قروء وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه
لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم
يتحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة بغير
طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي هي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة

بين الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا يمكن ان يثبتا ولهما جملة للاشتراك فان اللفظ الواحد عندنا
لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين او حقيقة ومجازا على ما عرف في الاصول ولا يبعد في ان يكون نوعا
الضرب يكون من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه
من الاضداد ينفيها وهذا ايضا مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لمعان احدها
العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم وهو ان اقل الجمع ثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل
على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول
بالاطهار فيكون في مدة عدتها قرءان وبعض الثالث ولفظ الثلثة في قوله تعالى ثلثة قروء خاص لكونه
وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف في الاصول وقد قررناه في
الانوار والتقرير بخلاف ما اذا اريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلثا والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم
لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعريف بانها حامل
او حائل وهو اي التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما
يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض فيلحق بيانا به اي فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب
بيانا له وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر وكذا التي بلغت بالسن اي خمسة عشر سنة يلحق الآية وهو قوله تعالى واللائي
لم يحضن عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل
في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء
فتيمموا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
قوله فان كانت امة ظاهر قوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى والذين يتوفون
منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا نسخ قوله وصية لازواجهم متاعا الى الحول
غير اخراج واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه
في الاكتحال فقال عليه السلام كانت احديكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها
في بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبا ببعرة افلا اربعة اشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان
طولى وهو الحول والقصرى وهي اربعة اشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة
وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف من غير مرة ان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان
تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما
وكان علي رضي الله عنه يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر لانهما كان ابعدا قوله
فاولات الاحمال اجلهن الآية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل قوله يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد باربعة
اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا ولنا قال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى
يعني سورة يا ايها النبي اذا طلقتم النساء الى آخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى
واولات الاحمال نزلت متأخرا عن قوله تعالى يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر رضي الله عنه
لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج قال وان ورثت المطلقة في المرض

الى عدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا او ثلثا ابعد الاجلين ان تعتد اربعة اشهر وعشرا فيها ثلث حيض
حتى لو اعتدت اربعة اشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة تمام ثلث حيض ولو حاضت ثلث حيض قبل تمام
اربعة اشهر لا ينقضي عدتها حتى يتم المدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح ثلث حيض اما
اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رح ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان
الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلث حيض لان
عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث
اجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي
لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وبيان الملازمة
بقوله احتياطا وبيانه انا انما اعطينا لها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت
الموت وباعتبار اقامة العدة مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث
لا يثبت بالشك والعدة يجب به فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة
اولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا قوله ولو قتل
على ردته جواب عما استدل به ابو يوسف رح فقال الا ترى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته
المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك ههنا زوال النكاح
ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بابعد الاجلين
فلا ينتهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعندهما عن ذلك ما ذكر في الكتاب ان النكاح ما اعتبر باقيا
الى وقت الموت في حق الارث لانها عندنا مسلمة والمسلم لا يرث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت
الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت
لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما قوله فان اعتقت الامة في عدتها
ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا يتحول العدة
في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق واجيب بانها انما تحولت لان سببها
وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ولهذا يتحول بالموت من الاقراء الى الشهور
بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم يتحول العدة بالعتق قوله وان كانت آيسة ظاهر قوله اذا رأت
على العادة دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان
حيضها فهو حيض وان رأت بلة يسيرة لم يكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به
حكم الحيض قوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي
فانه كان يقول بهذا اذا لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة
تسعين سنة او نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضا قوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل منه
فيمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود في
وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية اما ان تعتبر في الصلوة او في الطهارة
وكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلوة بالتيمم ليست بدلا عن الصلوة بالوضوء وكذلك الصلوة

بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشئ لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فلان
الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا يكمل بالاخرى واما العدة
بالشهور فبدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما **قال** والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة
نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند ابي حنيفة
والموطوءة بشبهة وهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها عدتها الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها اي
لان عدتها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطي بشبهة
والحيض هو المعرف ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب ان يكتفى بحيضة
واحدة او اشهر كما في الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها انما كانت ثلث حيض الحاقا للشبهة
بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا تؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة
فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه وكذلك يجب اجر المثل
دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم يجب عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التأسف
لفوت نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه
جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها
ثلث حيض وقالا ان تعتد بحيضة واحدة وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنه قال عدتها اثر ملك اليمين لانها تجب
بزوال الملك فكان كالاستبراء وهذا لانه لا يختلف بالخلوة والوفاة ولنا انها اثر زوال الفراش لانها يحتسب به
فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه
استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما واما ما تقدم فيه عمر رضي الله عنه قال عدة ام
الولد ثلث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر
كما في النكاح **قوله** واذا مات الصغير عن امرأته ظاهر **قوله** كالحادث بعد الموت يعني بان تضع بعد
الموت لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بان يأتي لاكثر من سنتين
قال في النهاية والاصح وتفسير قيام الحبل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في
الفوايد الظهيرية ولهما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين ان يكون الحمل
من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة **قوله** ولانها مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة
مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ
الرحم وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وبين اخرى
دعوى واضحة وبين الاولى بقوله لشرعها اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت
للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على ما مر وفيه بحث لان الضمير في قوله
لشرعها انما يعود الى عدة الوفاة في اولات الاحمال او اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل
لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعي عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من ان لا يكون للتعرف عن فراغ
الرحم في غير الحامل ان لا يكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود
الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف فلا في اولات الاحمال

ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان اعم من المدلول كان ام
قائما ويكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبارا للعدم كما عرف **قوله**
بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها
عند الموت والزمنا العدة بالشهر حقا للنكاح باية التربص فلا يتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت
العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل لانها عدة اولات الاحمال بالنص فافترقا اي الحمل القائم عند الموت والحادث
بعده فان قيل اذا مات الرجل فلم يكن المرأة حاملا فقد الزمنا ها العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل يكون
عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل اجاب بقوله ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت
لان النسب يثبت منه فكان اي الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان النسب
بلا حمل لا يثبت وحيث يثبت ههنا لا بد من حمل فجعلناه كالقائم حكما وفي امرأة الصغير لم يثبت النسب لم
يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى اقرب الاوقات فكان ابتداء عدة بالاشهر لا
عالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث
بعده لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله عليه السلام
الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح يقام مقامه اي مقام الماء في موضع التصور **قوله** واذا طلق الرجل
امرأته ظاهر **قال** واذا وطئت المعتدة بشبهة اذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان يكونا
من رجلين او من رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلثا فتزوجها في العدة ووطئها او وطئ المعتدة
ثلثا وقال ظننت انها تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين يتداخلان
وان كان الاول فاما ان تكونا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجئ او من جنس فاحد
كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما يتداخلان عندنا ويكون ما تراه المرأة من الحيض
محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم يكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك
ان الوطي الثاني اذا كان بعدما تراه المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطي الثاني ثلث حيض ايضا والحيضتان
ينوبان عن اربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطي الثاني خاصة وان لم يكن
رات شيئا فليس عليها الا ثلث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي لا يتداخلان لان المقصود
من العدة العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد
فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا
في العدة ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان
قوله ومعنى العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة
تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الآية وقال ولا تخرجوهن
الآية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات يجتمع كصيد الحرم المحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر
في حلف لا يشربها وهو صايم فانها حرام للصوم ولكونه خمرا وللمين بخلاف الصوم فان ركنه الكف بقوله تعالى
ثم اتموا الصيام الى الليل ولن يجتمع الامساكان في يوم واحد واستوضح المص تبعية العبادة بقوله الا ترى
انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق اداؤها بدون ركنها وافترض بانها

وكانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لا
يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا ان المقصود ذلك لكن لا نم جواز التداخل والانحا
التداخل في اقرآء عدة واحدة لحصول المقصود وفي هذا تطويل العدة عنها واجيب عن الاول بان الصبية
التي يحتمل الوطئ والآيسة يحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطئ لان العدة يكتفى في ايجابها
توهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة لصيانة ماء
الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه كماء الثاني وعن الثاني بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف
بحيضة واحدة ليست كالتعرف بثلث حيض في حصول المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن
الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود
لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المص رح لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان السؤال واردا
عليه قوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال في المبسوط لو تزوجت في عدة
الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلث حيض من
الآخر ويحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة ايضا **قال** وابتداء العدة في الطلاق عقيب
الطلاق ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوب العدة الطلاق
او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد
انقضت عدتها قال محمد رح اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك
لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ومشايخنا يريد علماء بخارى وسمرقند وهم انهم يفتون في الطلاق
ان ابتداؤها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح
اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء او يتواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج اختها او اربعا
سواها وقال في الذخيرة اختيار مشايخ بلخ انه يجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان
الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها وباربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا يجب لها نفقة العدة و
السكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم القاضي
بالتفريق بينهما او عزم الواطئ على ترك وطئها والعزم امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار
بذلك بان يقول تركت وطئها او ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر رح من آخر الوطئات
لان الوطئ هو السبب الموجب للعدة اذ لو لم يطأها لم يجب عليها العدة ولنا ان كل وطئ وجد في العقد
وتقريره القول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان الوطئ هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التي توجد
بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد واذا كان
كذلك لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد غيره فلا يكون
ما فرضناه آخر الوطئات آخرها وتحرير هذه النكتة العدة لا يثبت الا بآخر وطئة وآخر وطئة لا يوجد
الا بالتفريق او العزم فالعدة لا يثبت الا بالتفريق والعزم اما انها لا تثبت الا بآخر وطئة فبالاتفاق
بيننا وبين الخصم واما ان آخر وطئة لا توجد الا بالتفريق والعزم أما انها لا تثبت الا بآخر وطئة
فبالاتفاق فلما قال مع جواز وجود غيره قوله ولان التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره ان حقيقة

الوطئ امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطئ على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه
ويدار الحكم عليه فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ واذا قام مقامها فمهما كان التمكن
باقيا كان الوطئ باقيا فلا يتعين آخر الوطئات اذ التمكن باق بعد كل وطئة فرضت فلا بد من انسداد كل التمكن
ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطئات فان قلت لا نم ان حقيقة الوطئ امر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة
انما هي للزوجين وحقيقة الوطئ ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت نعم لكن بالنسبة الى الخطاب بعود مساس الحاجة
الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الواطئ وهو الذي يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطوءة واربع
سواها ولا اختفاء في خفائه مفهوم كلام المص رح في النكتتين ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده
فذكرت ما خطر ببالي عنده بوجه المقال وموضع **قوله** واذا قالت المعتدة قد انقضت عدتي ظاهر قوله
فحلف كالمودع يعني اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك فان القول قوله مع
يمينه لانه امين وما على الامين الا اليمين **قال** واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قال في الاسرار
هي من المسائل المعدودة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبتنية على اصل واحد وهو
ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني ام لا فعند محمد رح لا يكون وعندهما يكون
وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد رح ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة
وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة فان قيل فلم لا يجب عليها اكمال العدة
الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني
لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة
الاولى كما لو اشترى ام ولده اي منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فانه يجب عليها ثلث حيض حيضتان
من النكاح يجتنب فيهما ما يجتنب من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا يجتنب فيها لانه لما اشتراها
فسد النكاح ووجبت العدة الا انه لا يجوز ان يتزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو
ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حيضتان للفساد وبها تعتبران من
الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد ولهما انها مقبوضة
في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره اي والحال انه بقي اثره اي اثر الوطئ الاول وهو العدة فاذا جدد
النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض الذي كان بالدخول مناب القبض
اي الدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب
عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول
لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع بائن اجيب
بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم ان يشابهه من
جميع الوجوه الا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها
بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو في يده **قوله** فهو منع لهذا انه طلاق
بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقوله فهو على ما ذكرنا منع
قوله وجوابه ما قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الى آخره واذا

طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مراغمة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا يقال راغم فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستامنا ثم اسلم او صار ذميا والآخر على حربيته ثم فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المص رح بقوله مسلمة بيانا للاحسن حالا لانها فان تزوجت جاز عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك وقد بيناه في النكاح يعني في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص قوله ولان العدة حيث وجبت معقول وتقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك قوله الا ان يكون حاملا يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لا حق له الا ان يكون امرأته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب والحمل الثابت النسب يمنع من اجتماعه الا ترى ان ام الولد اذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها واذا كانت حاملا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قايما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقايل ان يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحايل فتقييده بالحايل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطاها كالحبلى من الزنا والاول وهو ان لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له

فصل لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من يجب وعلى من لا يجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات ان يفعلنه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة والمبتوتة المرأة واصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلث وهي المختلعة والمطلقة ثلثا والمطلقة بتطليقة باينة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها واصل الحداد المنع يقال احدت المرأة احدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكونه الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال فيه قوله عليه السلام لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفسه في كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد

المرأة

المرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها وكان واجبا لان اخبار الشارع آكد من الامر وهذا انسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجبا بالحديث معارضا للكتاب اجيب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص واسى خاص اذ هو الفرح والاسى مع الصياح بكذا روي عن ابن مسعود رض واما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رح لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تأسف على فوته ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه ام سلمة يعني سرعنها ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي رح في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده قوله ولانه وجب دليل معقول يعني ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره ان النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكم اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية لمؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتأفيف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف تتأسف فالجواب ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد مما ذكرتم لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهن ادنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لا نهن لهم على وضع ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعايف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج قوله والحداد ويقال الاحداد تعريف الحداد فكانه موضعه اول الكلام وانى بالجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوضع اشارة الى ان الحداد هو التداوي لا الزينة قوله والمعنى فيه اي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ما ذكرنا من اظهار التأسف والثاني ان هذه دواعي الرغبة لان المرأة اذا كانت متزينة متطيبة يزيد رغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة او الطلاق فتجتنبها كيلا تصير ذريعة اي وسيلة الى الوقوع في المحرم وهو النكاح وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال روي عن ام سلمة رضي الله عنها انها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال رسول الله عليه السلام لا مرتين او ثلثا وقوله والمراد الدواء يعني ينبغي ان يكون مرادها بالاكتحال الدواء لا الزينة قوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الحناء طيب قال ولا احداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهي خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم اما الكافرة وهي الكتابية فلانها

غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار الى ذلك قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر
واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في اثناء هؤلاء استطرادا وهو ظاهر واما ام الولد
والمعتدة من نكاح فاسد فلان كل واحد منهما فاتها نعمة النكاح لنظهر التأسف والاصل هو الاباحة في الزينة
لا سيما في النساء قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده والطيبات فان قيل قد ذكر
المص ان وجوب الحداد لاظهار التأسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول لعدم الزوج
والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعتان عن النكاح حال قيام عدتهما فكان ينبغي
ان يجب الحداد عليهما للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب
الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة ورد بان قوله والاباحة الاصل اشار الى
الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما احد الوجهين عارضنا الاباحة الاصلية الوجه الآخر فلم
يثبت الحرمة ولا ينبغي ان تخطب المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله
ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن
لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير
كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء آخر وقد فسر ابن عباس رضه
في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله اكننتم في انفسكم اي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين
ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن
ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطئا لانه مما يسر الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا
والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف
وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة ان تخرج
من المنزل الذي كانت فيه وقت الفرقة الا اذا اضطرت بان خافت سقوطه او فسادا فيه على نفسها او مالها
او اخرجها اهل المنزل بان كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائبا او لا تقدر على الاجرة والمتوفى عنها
زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا
الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة واختلف في تفسير الفاحشة
فقيل هي نفس الخروج قاله ابرهيم النخعي وبه اخذ ابو حنيفة فيكون معناها الا ان يكون خروجها فاحشة
كما يقال لا يسب النبي الا كافر ولا يزني احد الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنا فيخرجن لاقامة
الحد عليهن قاله ابن مسعود رضه وبه اخذ ابو يوسف رح وقال ابن عباس رضه هي نشوزها وان تكون
بذية اللسان تبذو على احماء زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها فلانه واضح وقوله وقال عليه السلام
للتي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري رضه لما قتل زوجها اتت رسول
الله صلى الله عليه وسلم استأذنت ان تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لها اعيدي المسألة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب اجله يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي
هذا الحديث دليل على حكمين على انها يجب عليها ان تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج ببعض النهار
لقضاء حوائجهن جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء قوله والاولى ان تخرج

وتبيت اكثرها الا ان تكون في منزل الزوج واجب وتكثره فيه مباح ورعاية الواجب اولى قوله وان ضاق عليهم المنزل
فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه
بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت بعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في امر السكنى وقوله واذا
خرجت مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو اما ان يكون بينها
وبين مصرها اقل من ثلثة ايام او ثلثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها
وبين مقصدها ثلثة ايام او دونها اما اذا كان ثلثة ايام فظاهر لان المضي الى مقصدها يكون سفرا
والرجوع لا يكون سفرا واما اذا كان اقل منها فلانها اذا رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة
الى ان تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كان
الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين المقصد ايضا ثلثة ايام او اقل فان كان ثلثة ايام فهي بالخيار ان شاءت
رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي او لم يكن لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها
من الخروج لان موضع المسئلة في الخروج الى مكة وغالب طريقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج فيختار
وينبغي ان تختار اقرب الجانبين وهي نظير المسئلة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر من غير محرم
لانها خائفة على نفسها ودينها فيمنع في المفازة كذلك وقال المص رح الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد
في منزل الزوج وان كان اقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا يكون منشئا سفرا ولا مانع في
العدة من السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المص رح في الكتاب
هذا الشق اعتمادا على ان يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا
كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر استثناء من قوله ان شاءت رجعت
وان شاءت مضت يعني ان لها الخيار في ذلك الا اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد
ثم تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كان معها محرم فلا بأس بان
تخرج من المصر قبل ان تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة
وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفع الحرمة عاد مباحا وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة اخرى
هي ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره
واذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو انقطاع
التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابي حنيفة ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكر في الكتاب
وانفع والله اعلم بالصواب

باب ثبوت النسب

لما ذكر انواع العدد
من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم من الاعتداد وهو ثبوت النسب في هذا الباب
ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها
لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان فعليه مهرها
اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت
الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق
قبله اي قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل هذا النكاح لا يتصور قبل الوطي والعلوق لانه كما تزوج

وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب الا يرى انه لو جاءت به امراة الصبي لا يثبت لذلك
اجاب بقوله والتصور ثابت بان يحمل كانه تزوجها وهو على بطنها الى ان لطاها والناس يسمعون كلامهما ليكون
الانزال فيه وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش
حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش من حيث فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية
الندرة فكيف يبنى عليه الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط
في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به لستة اشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا
ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه
وكذلك اذا ولدت لاكثر منها لانها حين طلقت حكما بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة
ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علوق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر
من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام العلوق في البطن
وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ
لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد
وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا
يجوز فجعلناه منه واما المهر فلم يذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن ابي يوسف وهو القياس
يلزمه مهر ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول قوله ويثبت نسب ولد
المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله الا ان تقول لا انقضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة
امضينا الحكم على الاصل ولكن الاصلية في الموصفين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي بني عليه ايضا
وذلك لان الاصلية في الكبيرة الاحبال فلم يتعين في حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصلية في الصغيرة عدم
الاحبال فلذلك اعتبرناه في حقها فتعين جهة العدة بالاشهر فيقال الاصلية في الكبيرة ايضا عدم الاحبال
لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فاما النكاح فلا يعقد الا بالاحبال قوله وفيه اي في البلوغ شك
والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد
ظاهر وقوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة باطلاقه حيث لم يقيد معتدة دون
اخرى يتناول كل معتدة سواء كانت معتدة من طلاق رجعي او بائن بالاشهر او بالحيض قيل ذكر الامام
وقاضي خان ان الآيسة لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها
فلم يتناول كل معتدة الا ان يأول كل معتدة غير الآيسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره
في شروح الجامع الصغير ان الآيسة اذا اقرت بانقضاء العدة مفسرا بثلثة اشهر او مطلقا في مدة يصلح لثلثة
اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت والا فلا قال واذا ولدت المعتدة
عن طلاق بائن او رجعي ولدا فقد انكر الزوج لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رح ما لم يشهد بولادتها
رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة
وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امراة واحدة لان الفراش وهو تعين المرأة للاستمتاع الرجل بحيث يثبت
منها نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة وهو اي قيام الفراش ملزم للنسب فلا حاجة الى اثباته

وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور الحبل
او اقرار الزوج ولابي حنيفة رح القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن
العدة ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل فالمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات
النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف
به من الزوج صادرا لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى
التعيين وذلك يثبت بشهادتها فان قيل لانه لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال
واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت
مع الولد كفى لجواز اداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها
اي اقر به جميع الورثة او جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين او رجل وامرأتين منهم فهو ابنه في
قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب بالنسبة
الى غيرهم فهل يثبت او لا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا
قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم
وما يثبت بناء لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة قوله
واذا تزوج الرجل امرأة ظاهر وقوله واللعان انما يجب بالقذف جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي
الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد
والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف
لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة
وانما اضيف اللعان الى القذف مجردا عنه فان ولدت المرأة ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة
اشهر وقالت منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح
واعترض بوجهين احدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكر فيكون القول قوله والثاني
ان الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات
واجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكره
فيكون القول قولها وعن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض ظاهران فيه يرجح المثبت
على ان ظاهرها لها يتأيد بظاهر حالها من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد
وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي ان لا تحرم فان قيل ينبغي ان تحرم لان هذا اقرار منه بزوجية حبلى
فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود فاجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح
بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني انه وان اقر بالحرمة
الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل قوله
ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة قوله واذا قال لامرأته
اذا ولدت فانت طالق ظاهر وقوله فيما يبتنى عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق حكم يتعلق بالولادة
وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا

ولابي حنيفة رح ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها الحنث في يمينه و الحنث
ليس من ضرورات الولادة ولا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا
لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا يظهر في حق الطلاق لانه ينفك
عنها والقائل ان يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة ثبتت
والشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الزوج بالحبل
ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة خلافا لهما
وعلى هذا الطلاق اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها
فيه حجة على ما بينا في المسئلة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان اقراره
بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما
يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند انفراده
عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الاولى فتلمح منه جواب الاعتراض هناك
قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رض الولد لا يبقى في البطن اكثر
من سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل لحالة الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران
اسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل اي ولو بقدر
فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة رضي الله عنها قالته سماعا لان العقل لا يهتدي
الى معرفة المقادير وانما قدم بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه واقله ستة اشهر لقوله
تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي الحمل ستة اشهر وهذا تاويل حبر ابن عباس
رضي الله عنهما ذكره في المبسوط فقال روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة فهم عثمان رضي الله عنه
برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا
وقال وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد
واثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقدير الذي ذكره ههنا في تاويل الآية مخالف لما ذكره
في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلثون شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم اظهر المنقص
في حق الحمل وههنا جعل مدتهما جميعا ثم اصاب منها للفصال عامان بقوله وفصاله في عامين ومن ضرورته ان
يبقى للحمل ستة اشهر واجيب بان استدلاله هناك انما كان بالنظر الى الآية الاولى وههنا بالنظر اليها
والى الاخرى وجاز ان يكون الآية نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتامل
وقال الشافعي رح يقدر الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة
بنت الوليد بن عقبة بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمي هرما لذلك والضحاك بن مزاحم
بكذا فسمي ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم والحجة عليه ما رويناه عن عائشة والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل
لا يهتدي اليه اي الى مقدار مدة ما في الرحم وقوله ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد الدخول ثم اشتراها فان
جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول يعني اذا جاءت به لاقل
من ستة اشهر ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء لانها ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء

ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما وفي الوجه الثاني يعني اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر من
وقت الشراء ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب الاوقات واقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة
قال المص رح هذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت
الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء لان الحرمة حرمة غليظة
بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم تحل لا يضاف العلوق الى اقرب الاوقات بل الى ابعدها حملا لامور
المسلمين على الصلاح وابعد الازمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت
الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطيها بملك اليمين فيضاف الولد الى اقرب الاوقات فكان
ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة فان قيل وجب ان ينكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة
تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم اجيب بانه وجب
ان لا ينكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في
الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اقوى ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على
الولادة فهي ام ولده لان سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وانما الحاجة الى
تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان
ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف
الاول فانا تيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى وقوله ومن قال لغلام هو ابني ثم مات
واعترض بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث في الاستحسان ايضا لان هذا النكاح يثبت اقتضاء فيثبت
بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ما هو الاصل ليس
يتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء
ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة
لانه من العوارض ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضي
لا محالة والمقتضي ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بان يكون عن وطي بشبهة او يكون
الولد ولد ام الولد فلم يفتقر ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه
الاستحسان فانه قال في المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان يكون ام ولد وقال والنكاح
الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ووطي لا يكون عن وطي بشبهة وهو ظاهر باب
الولد من احق به مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا يحتاج الى بيان واذا وقعت
الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة جاءت الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ولدي هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم
ابوه ان ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه
لزيادة اتصاله بها حيث يقص منها بالمقص واقدر على الحضانة بلزومها البيت فكان في التفويض اليها
زيادة مرحمة لمن هو مظنتها واليه اشار ابو بكر الصديق رض روي ان عمر رض خاصم ام عاصم بين يدي
ابي بكر رض لينتزع العاصم منها فقال ابو بكر رض ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة

حاضرون متوافرون ثم لم ينكر احد فالنفقة على الاب على ما سيجئ قوله ولا تجبر الام عليه اي على اخذ الولد اذا
ابت او لم تطلب لما ذكرنا الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد
اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه فان لم تكن له ام بان ماتت او تزوجت باجنبي فانها كالمعدومة ح فام الام
وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي اليه
بام فهي اولى ممن تدلي باب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك
لا يختلف باختلاف الدين على ما نبين كل شيء يجب ولده حتى الجبارى فان لم يكن له ام الام بالتفسير المار
فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ومن الولاية بالامومة ولهذا اي ولكون الجدة من الامهات
يحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل الولاد فان لم يكن جدة فالاخوات
اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية كتاب النكاح اعتبار الاقرب
القرابة والاخت اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال في كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب لقرب
بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام وقد تايد ذلك بقوله عليه السلام الخالة والدة وقد قيل في تفسير قوله تعالى
ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته قوله وتقدم الاخت لاب وام ظاهر ومعناه ان دلت في ابنتين ترجح
على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة الاستحقاق الا
ترى ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق
العصوبة بها كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان الا ترى ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة على
وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها اصلا بخلاف قرابة الاب استحقاق الحضانة
فان لها ذلك عند عدم قرابة الام قال ومن تزوجت من هؤلاء سقط حقها كل من لها حق الحضانة
ممن ذكرنا سقط حقها فيه اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان
حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا اي قليلا وينظر اليه
شزرا اي نظر المبغض فلا نظر له اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له
وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة
ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي
امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب
موضعه في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم دينا وورعا احق به لان ضمه اليه
انفع لانه يتخلق باخلاقه فان تساووا فاكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح
كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير
عصبة كالخال بل تدفع الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد رح وذكر الامام التمرتاشي فان لم يكن لها
من العصبة يدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة رح ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد رح لا حق
لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة تحضنه قوله والام والجدة احق بالغلام حتى
وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر ان المعنى واحد وهو ظاهر قوله
اعتبارا للغالب يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فيستنجي

وحده وقوله يحتاج الى معرفة اداب النساء كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمراة على ذلك اقدر من
الرجل وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين بالتزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة والاب فيها اقوى واهدى
لان بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا يتمكن الام من ذلك وروى هشام عن
محمد انها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احدى عشرة
سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابو الليث حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ست
سنين او سبع او ثمان ان كانت جليلة قوله ومن سوى الام والجدة يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات
او الخالات او العمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حدا تشتهى على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية
الجامع الصغير فتاكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم اداب النساء لكن فيه نوع
استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدتين ولاية الاستخدام ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود
وهو التعليم بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا
اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما
عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم بان كان زوجها مسلما ما لم يعقل الاديان
او يخاف بالرفع على الاستيناف وبالجزم عطفا على يعقل ان يالف الكفر لان الدفع اليها قبل ذلك نظر للصبي
وبعده يحتمل الضرر بانتقاش احوال الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام والجارية يعني بين الابوين وقال
الشافعي يعطى ذلك اذا بلغ سن التمييز ويسلم الى من اختاره فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة وان اختار
الام فعلى الاب اجرة تعليمه وتسليمه الى المكتب والحرفة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين وروى
رافع بن سنان رضي الله عنه انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم
وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما
ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال النبي عليه السلام اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها ولنا
ان الصغير لقصور عقله يختار من عنده الدعة اي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله او يحمل على ما اذا
كان بالغا فيه نظر لان المذكور في القصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان
بالغا والجواب ان المصنف قال خير غلاما ولا غير لبيننا ولما روينا وما روي انه صلى الله عليه وسلم
خير غلاما من غير ذكر ما يدل على الصغر فاول المصنف الاول بقوله قلنا فقد قال عليه السلام الى اخره والثاني بقوله
او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما
يتعلق من الاخراج الى القرى وغيرها في فصل على حدة واذا ارادت المطلقة بعد انقضاء العدة ان تخرج
من المصر فذلك على اربعة اقسام اما ان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الى ما ليس بوطنها
ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد
فيه وهي الاقسام العقلية فان اتفق الامران جميعا بان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما
ذكر في الكتاب وقوله لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا دليل المستثنى قوله وهذا يصير الحربي الى الشخص
الشخص الحربي ذكرا كان او انثى اي بالتزوج في بلد ذمية قال في النهاية وهنا وقع غلطا لان المصنف
ذكر في السير وذكر ايضا في سير سائر الكتب اذا تزوج المستامن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها

نزوج واجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤول الى ان يقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام
يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فقاد الخطوط وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام
عما قبله ولا يبقى له اتصال بمحل البحث ولا يليق ذلك بمثل المص وغير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز ان يقال
لا حاجة الى تغيير اللفظ لجواز ان يكون الحربي صفة شخص كما قررنا في اول البحث وح يراد به الحربية ولكن ذكر بتاويل
الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا الى كونه ملبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكره
ههنا وجه القياس لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما اذا كانت المراة
ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكره في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام المقام
لكن تزوج الحربية الذمي الا ان يقبل الجزية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير
منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك واجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس
والاستحسان لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما واقول ان نبه في الحربي يتزوج في بلد المسلمين ان يصير
ذميا رواية ان فيه استخراج وجه القياس والاستحسان والاولى قوله في الكتاب يريد به القدوري وهو كلمة
مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكر في الكتاب وهو ما صح واما في عكس هذه المسئلة وهي ان تخرج الى وطنها
ولم يكن العقد بها فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات واما القسم الآخر وهو ما لا يكون وطنها
ولا يقع العقد فيه فهذا حصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية قوله والحاصل ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية
بعد وجود هذين الوصفين لا بد من وصف آخر هو شرط فيه ايضا وهو ان لا تنتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها
ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فاني يتيقن اي تصور لها الانتقال
اليها والجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجا الينا فوقعت الفرقة بينهما بعد ان خرجا
الى دار الاسلام فارادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الاولان جميعا والينا في ظاهر

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق حضانة الولد ومن لها الحضانة
احتاج الى بيان النفقة ومن يجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق
وهو عبارة عن الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره يجب باسباب منها الزوجية ومنها
النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية اصل النسب فيقدم عليه والنسب اقوى من
الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزأ منه وكذا على الوالدين قال النفقة واجبة
للزوجة النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله قال في النهاية
هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة
لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة
قال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المراة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه
لا يوجب بطلان حقها والاصل في ذلك الآي في وجوب النفقة قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الآية
والامر للوجوب وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره
بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكله على الوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع استوصوا بالنساء
خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم

احدا وان لا ياذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن
بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي و
العامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه
بل هي على الراهن واجيب بان الرهن محبوس لحق الراهن ايضا وهو كونه موفيا عند الهلاك فلهذا لم
يجب النفقة على المرتهن وهذه الدلائل يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة لا فصل فيها فيستوي المسلمة والكافرة
ويعتبر في ذلك حالهما هذا لفظ القدوري قال المص وهذا اي اعتبار حالهما في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى
وتفسيره اي تفسير قول الخصاف وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين او معسرين او الزوج
موسرا والزوجة معسرة او بالعكس من ذلك ففي الاول يجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث
نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوى والحمل المشوي والباجات
والمراة كانت تاكل في بيتها خبز الشعير لا يؤاخذ الزوج بان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المراة تاكل في
بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة او باجتين ولم يذكر المص حكم
القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال
و تكلف ان يطعمها خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث يعني
توسط الحال وقال في ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا يجب
على الزوج الا بحسب حاله وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا
والدليل عليه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله اعتبر حال الرجل
في الحالتين جميعا وامره بالانفاق فلا مصير الى غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما قوله صلى
الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان روى البخاري باسناده عن عائشة رض ان هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله
ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها وللقائل ان يقول هذا الدليل
غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ
ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول
به فاذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث يدل على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا
من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب
ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فيكون المعارضة في الحقيقة بين الآيتين
فيجمع بينهما قال المص هو اختيار منه لقول الخصاف وهو اي اعتبار حالهما في النفقة فان النفقة تجب
بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج
واما نص قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فنقول بموجب النص بانه مخاطب ان ينفق بقدر
وسعه لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زاد كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته
عملا بالدليلين كما ترى ولا يؤدي مع العجز قوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا ان تفسيره
قوله وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له اعتبر الرجل

وقال بالمعروف اشارة الى ان الايناد على ما في وسعه ان كانت حالها فقيرة وجه كونه جوابا انه اذا كان معتبرا
بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب قوله وبه اي بقول صاحب الهداية
لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى
المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسها لانها مما يختلف فيها احوال الناس
بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير قد يكون اضرارا قال وان امتنعت
من تسليم نفسها ان امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل النقل او بعده على قول ابي حنيفة رح فاما ان يكون ذلك
الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل اولا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة
حق من حقوقها فمطالبة احدهما لا تسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة
من منزل الزوج المانعة نفسها وهي كذلك وانما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة
معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا او كرها وهو يسكن معها فيه فيغتفر النشوز
عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس
منها وان عادت جاء الاحتباس فيجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على ثبوت النفقة فان قيل الدلايل
الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها فالجواب انا لا نسلم انها
لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له وذلك قد يشير الى التسليم النفسي لان الولادة بدونه لا يتصور قوله
بخلاف ما اذا امتنعت متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي
لا توطأ فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج او لم يكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع لان الاستمتاع
الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة الى المقصود المستحق بالنكاح
وهو الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة وا ... مستشكل
بالرتقاء والقرناء ونحوها فان المقصود المستحق بالنكاح فايت وطرق النفقة واجب بان الدواعي
غير فايتة بان يجامعها تفخيذا ونحوه بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة يمكن
جماعها فيما دون الفرج يجب النفقة لانها عوض عن الملك عندنا كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبه
بسبب الحاجة والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض ما
يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا يكون النفقة
عوضا لئلا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة قوله وان كان الزوج صغيرا بيان
ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب
الصغير وجبت النفقة كما في النفقة الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج
كبير قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها واكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم
فالمنع من قبلها قايم ومع قيام المنع من قبلها لا يستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب
واذا اجيبت ظاهر قوله والفتوى على الاول يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمحبوسة فيما مضى قوله
لان فوت الاحتباس ليس منه يجعل باقيا تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان
الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لا لمعنى من جهته لا يمكن ان يجعل ذلك

الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة وقوله وكذا اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج لا يجب
النفقة لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه واضح
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه قوله فان مرضت في منزل الزوج على ما ذكره في الكتاب ظاهر
وهو الموجود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين وقوله وفي لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه وهو قوله
فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج ثم مرضت فيه قال ويفرض على
الزوج النفقة لما كان وقوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ذكر ما اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة
الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك لها
لو كانت حرة او لم يكن مملوكا لها لا يستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار
ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا يستوجب كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ومنهم
من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها يستحق قوله ولا يفرض لاكثر من خادم واحد ظاهر وقوله
وقالوا يعني المشايخ ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم والنساء وهنا معتبر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب
وجوب الزكاة وقوله وهو ادنى الكفاية يعني تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في الادام دون الخبز وأعلى الادام
اللحم واوسطه الزيت وادناه الملح او اللبن قوله خلافا لما قاله محمد رح يعني ما قال محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان
لها خادم يجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهي المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان
موسرا قوله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني
عليه اي اشتري الطعام نسيئة على ان تقضي الثمن من مال الزوج وقال الشافعي رح يفرق لانه عجز عن الامساك
بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فان ابى ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة
اقوى من الجماع لان انقطاع الاول اي النفقة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه يبطل
يبطل اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتأخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان
الثاني والاول اقوى في الضرر فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى قوله وفوت المال وهو تابع جواب عن القياس
على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال
وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد
والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها بالعجز عن التابع فان قيل لا فائدة لها بالاستدانة
بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه اجاب بان فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها
احالة الغريم على الزوج يعني من غير رضى الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها
دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غايبا غيبة منقطعة ولم
يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي وفرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصل مجتهد
فيها في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغايب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح فصار لان
العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض
فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة
الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار قوله وما قضى

جواب عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ما نعني به تقدير النفقة
لم يجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه
واذا لم يكن لازما لم يحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز له المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة
الاعسار على الموسر لان ما لا يكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير وكذلك
حكم عكس هذه المسئلة قوله واذا مضت مدة ظاهر وقوله على ما مر من قبل يريد قوله لان المهر عوض عن الملك فلا
يجتمع العوضان عن عوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي ان يكون
عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها
تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب بانها
صلة فرضه وما هذا شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء
كالهبة لا توجب الملك الا بموكده هو القبض والصلح في هذا بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية
القاضي قوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض وان مات الزوج بعدما قضى عليه بالنفقة وما كان
امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات
تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وانما قيدنا بقوله وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها
بذلك لم تسقط بموت احدهما لان القاضي لما امرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته
عليها ولو استدان بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة
قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير موكدة والنفقة بعد القضاء موكدة ولا يلزم من جواز سقوط غير
موكد جواز سقوط المؤكد اجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة
ان يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهي كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت قال في الايضاح انها وان
صارت دينا عليه ولكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله وقال الشافعي
ظاهر قوله وجوابه قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان
عن عوض واحد فلا يكون النفقة عوضا عن البضع قال وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجل
لها نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء منه قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول
الشافعي ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله لانه نوع قضاء في حكم المال يعني اذا
اخذت النفقة الواجبة في الحال لا تسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله واذا تزوج
العبد حرة ظاهر قال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا وليس في
شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان
فذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة لانه لا ياخذ المولى
شيئا لفوات محل الاستيفاء وكذلك اذا قتل قوله في الصحيح احتراز عن قول الكرخي انها يكون في قيمته قال
الشيخ ابو الحسن القدوري في الصحيح ان تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما
تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى

والنفقة

والنفقة فيهما تتعلق بالكسب وان تزوج الحر امة فبوأها ظاهر فهو قوله فلا نفقة لها لعدم الاحتباس قيل الاحتباس
عليه من المولى لحق له شرعا فكان كالاحتباس بحق لاجل صداقها فينبغي ان لا يسقط واجيب بان الحرة اذا حبست
لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه فاما هاهنا فالتفويت ليس من قبل الزوج
وقوله والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها ثم يجب عليه ان ينفق على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وجه
الجواب التبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها
كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح وقوله ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها
فام الولد في هذا اي في عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى
فهي كالحرة فلا يحتاج الى التبوئة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها لصيرورتها اخص بنفسها ومنافعها
بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة

فصل

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد
من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة
حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رض اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا
عليهن من وجدكم واذا وجبت السكنى حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيها لانها تتضرر به فانها لا تامن على متاعها
ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح قوله هو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي
فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل جمعة واذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية
الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه وان لم يعترف به الرجل
ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تاخذ
من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امراة ابي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما
ههنا فان اقراره ههنا اشد قبولا من اقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق في
اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر احد الامرين من الزوجية والوديعة لا تقبل بينة المراة فيه اي في
احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة
فالمراة ليست بخصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكونه مقرا
بملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا احضر صاحب الدين غريما للغائب او مودعا له وهما
معترفان بثبوت دين المدعي على الغائب فان القاضي لا يامر بقضاء دينه من الوديعة والدين واجيب
بان امر القاضي في حق الغائب انما هو للنظر له وفي الامر بالانفاق على المراة وذلك ابقاء الملك وليس في
قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يامر المودع بالانفاق
عليها بالبينة المحتملة لكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله اولى وكذا اذا كان المال في يد مضاربه لانه امانة
مزوجه وكذلك اذا كان دينا وقوله وهذا اي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها
في النفقة دراهم او دنانير او طعاما او كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال من خلاف جنسه
فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح فلانه لا
يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب

بالطريق الاولى وانما عندهما ان كان يقضي على الحاضر لاقرارهما مثله المشروط في جواز البيع فلا يقضي على الغايب
لعدم ذلك قال ويأخذ منها كفيلا نظرا للغايب من عنده المال اذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضي نظرا
لهما لما استوفت النفقة فاذا اعلنت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ابقاء
نفقتها فان انتفى ذلك كان الزوج مخيرا في اخذ ايهما شاء من المراة والكفيل وكلامه واضح ولا يقضي بنفقة
في مال غايب الا لهؤلاء يعني زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه واما غيرهم من المحارم كالاخ والاخت
والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكر في الكتاب وقوله لانه مجتهد فيه قيل لان نفي
لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سياتي قوله ولو لم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله وكذا
اذا علم القاضي بذلك وقوله ولم يكن يعني الرجل مقرا به متصل بقوله يعترف وبالزوجية وقوله فاقامت الزوجية
يعني في الصورتين اذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية او اقامتها ليفرض القاضي نفقة فيها اذا لم يخلف مالا
ولم يعلم القاضي بالزوجية وكلامه ظاهر لكن بقي هنا مسئلة اخرى رجع عنها فلم يذكرها من تلك الاقاويل كما
ذكروا من قوله اذا جحد المديون او المودع الزوجية بينها والمال في يده فقد كان ابو حنيفة رح يقول اولا يقبل
بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا يقبل بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغايب مال حاضر وطلبت المراة من
القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغايب ويامرها بالاستدانة لم يجبها الى شيء من ذلك لان فيه
قضاء على الغايب وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما واما قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى
ذلك وهو المذكور في الكتاب وان كان للغايب دين ووديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة
والنكاح فالقاضي يامر اولا بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا ونظر الغايب في البداءة بالوديعة
لانها يحتمل الهلاك بخلاف الدين

فصل

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى
حال قيام النكاح بينهما بعد المفارقة واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان
او باينا وقال الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها ثلثا او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كا
نت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعد قايم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي كما تقدم واما البائن فوجه قوله ما
روي عن فاطمة بنت قيس الى اخره رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه رحمهم الله قوله لانا نقبنا
اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في المطلقات اخر
الاية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل قوله وصار كما اذا
كانت حاملا اعترض عليه بان الحايل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فايدة واجيب
بان الفايدة دفع الاشتباه وبيانه ان الحامل تستحق النفقة مدة قروء فكان يشتبه بان الحامل ايضا تستحق ذلك
المقدار او زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن وقرا الاقرع كتابه وبنا بريدة
قوله اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملكه اما
الاسكان فانه قد يملك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يمكن الانفاق من غير ملكه فكان تقديره والله اعلم
ما قاله ابن مسعود رضي وانفقوا عليهن من وجدكم قوله سنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة قوله ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد
وهو زوج فاطمة الراوية فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده وقال عايشة رضي الله عنها

البينة على

تلك المراة فتنت العالم اي بروايتها هذا الحديث قوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر قوله وكل فرقة جاءت من
قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باقية كان لا
تقر الا في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فسقط ذلك بمعصية من قبلها واما
الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما يسقط نفقة المرتدة اذا خرجت للحبس من بيت العدة
واما اذا اعتدت ولم يخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان امكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في
النهاية وهذا الذي ذكره كله في الطلاق البائن والطلقات الثلث واما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا وطئها
ابن الزوج او قبلها بشهوة وهي مطاوعة او ارتدت فحبست او لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي
لا يقطع به الفرقة فكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق
البائن

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الزوجة شرع في بيان نفقة الاولاد
نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها احد في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة ان النفقة
على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر قوله تعالى وعلى المولود
له رزقهن وكسوتهن بالمعروف قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد
وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وبيان ذلك ان وجوب نفقتهن عليه كانت بسبب الولد لان الحكم المرتب
على مشتق وترتيبه على المشتق دليل ان يجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وبيان ذلك ان وجوب نفقتهن عليه
على علية المشتق منه لذلك الحكم كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج
الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو
الولاد وكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين فكما يجب النفقة على نفسه
يجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد
فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز ان يقال استدل بالاية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف
وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة بها وانما نفى
الاشتراك فانما ان يثبت على الاب او على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا
فليس على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما انه يجب عليه نفقته
اي فطم يجب عليه ان يستاجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه
وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل ما معنى قوله
والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين نعلم فلا
يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب او الوجوب اذا لم توجد من ترضعه
او لم يقبل الصغير ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المص بقوله اما اذا كان لا توجد من ترضعه يجبر على الارضاع
صيانة للصبي عن الضياع او هو محمول على الوجوب عليها ديانة حتى لا يجوز استيجارها على الارضاع اذا كانت
عصمتها او معتدة على ما ذكره في الكتاب ويستدل به فان قيل لما كان بمعنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة
والمبانة قلت ان قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن في المطلقات اوجب ايتاء اجورهن

عند الارضاع فلو كان نص على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال العمل باحدى الآيتين
فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانتا في العدة
عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح قوله ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن
بنفسه والاب كافر وعلى العكس لما ان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما يجب نفقة الزوجة وان خالفته
في دينها اما الولد فلاطلاق ما تلونا يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه
وكما لا يمتنع نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يعني وجوب النفقة
بازاء الاحتباس الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود والاحتباس
مرتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر
مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع
وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها واقول لو استدل على نفقة
الزوجة ايضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الآية كان اسهل تناولا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى
نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله ههنا العقد
الصحيح وجعله في قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه **قوله** و
جميع ما ذكرناه اي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير
مال يشير الى العموم بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة او من غير جنسها او دورا او عقارا
او ثيابا قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب ان يبيع
ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان ان يكون من مال نفسه صغيرا كان او كبيرا واعترض بان
نفقة المراة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض فالجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة
لا يتغير الا بامور ضرورية وقد تحقق في نفقة المراة امر ضروري معتبر وذلك لان نفقة المراة في مقابلة
الاحتباس فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة
مع الغنى

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد
ويجب على الابن ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله
تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا قيل نزلت في
سعد بن ابي وقاص حين اسلم وقالت له ام جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت
من الضح والريح ولا آكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد عليه السلام وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها
فابى سعد وصبرت هي ثلثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل بظلة ايام حتى غشي عليها فاتى سعد النبي عليه السلام
وشكى ذلك اليه فنزلت هذه الآية وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله ويترك ما كان سببا في تلك
المعيشة حتى يموت من الجوع وقد قيل فسر النبي عليه السلام حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما
اذا عريا وكلامه واضح قوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر النص ههنا ان
الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه اولا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب
كسوبا والابن ايضا كسوبا يجبر الولد على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك اعتبارا

بذي الرحم المحرم بناء على ان استحقاق النفقة للفقير والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس
الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب
على الاب نفقته وفرق بينهما بتفضيل الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجة ضرورية كانت كالنفقة والكسوة
او غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد
جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت
المساواة مع قيام دليل المفاضلة قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر **قوله** لانا نهينا عن البر
في حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين واجيب بان العمل باطلاقه يفضي
الى التعارض المفضي الى الترك الممتنع فحمل ذلك على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب قوله ولا يجب على النصراني
نفقة اخيه المسلم من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة وثبوت
العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو
قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عليه السلام من ملك ذا
رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح قوله ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان
النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف اعلى ولان الانفاق صلة احياء حقيقة
وصلة العتق صلة احياء حكما ولا شك في ان الاحياء الحقيقي اعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مندفعة
التدفع من غيره بان يسال الناس او يبره احد من غير سؤال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر اصحاب
الزكوة والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا يدفع الا من جانبه واما كون الاحياء
الحقيقي اعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا قال ولا يشارك الولد
في نفقة ابويه احد لا يشارك الولد في نفقة ابويه احد من الاخوة والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لان لهما
تاويلا في مال الولد بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك فكانا غنيين باله والغني لا يجب
نفقته على غيره فان قيل التاويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت
الحديث مشهور فيجوز به الزيادة سلمنا انه من الآحاد لكن ترك اطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من
الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد والمستندة الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الآية كما
تقدم فان قلت لا منافاة بين الآيتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضي ان يشارك الجد
الابن كما ان قوله وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع
صار غنيا به والغني لا يجب نفقته على واحد فلا يشارك الجد الابن قوله ولانه اقرب الناس اليهما اي الولد اقرب
الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب
فهو اولى بالاستحقاق له وعليه وهي للذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
ان النفقة بين الذكر والانثى اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي
الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التاويل
وحق الملك لهما في مال الولد لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء

وطذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث **قوله** وهو الصحيح احترازعن رواية
الحسن عن ابي حنيفة **قوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم مبتدأ وخبر محذوف اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا
يحل نكاحه على التأبيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى
لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك فان الاشارة الى البعيد فيكون اشارة الى اول الآية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن فيدل على ان الوارث النفقة وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من النبي عليه السلام ثم لا بد من الحاجة لاستحقاق
لذلك والصفات المذكورة وهي الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر
على الكسب غني فان قيل بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب اجاب بقوله بخلاف الابوين
الى الكفر وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه **قوله** يجب ذلك يعني النفقة
على قدر الميراث ويجبر عليه اي على الانفاق انما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله وعلى الوارث
مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر
علته وعلى هذا لو اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان
الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير او كبير زمن وللرجل ثلثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على
اخيه لاب وام وعلى اخيه لام اسداسا بحسب ميراثهما فاما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وام خاصة لان ميراث
الولد عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وام فلا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون
محتاجا يجعل معدوما ويكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة
الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة اما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث
الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب وام يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة الى ان يجعل البنت
كالمعدومة ولكن يعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد من ان
يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وام والاخ لام اسداسا فالنفقة
عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال
موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذي الرحم المحرم الذي لم يرث لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون
فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي يحرز الميراث لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك
والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكر في الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب
ان يجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا يجب على الخال لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذي الرحم
المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال
فان صلته واجبة والنفقة منها فيجب عليه **قال** ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن كلاهما على الابوين
قوله ووجه الفرق بين نفقة الولد الصغير حيث وجب بجملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن
حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت
عليه صدقة فطره فكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير واما الكبير

فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما اثلاثا فكذلك نفقته
قوله اخماسا على قدر الميراث يعني ثلثة الاخماس من الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لاب والخمس
للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل **قوله** غير ان المعتبر استثناء من قوله وفي غير الولد
يعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان لا يكون محروما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر اهلية
الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فان النفقة على الخال
وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه **وقوله**
ولا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع الى قوله المعتبر اهلية الارث **قوله** ولا بد من اعتباره اي اعتبار الارث
بان يكون اهلا لا محرزا ولهذا قلنا لا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا عكسه **وقوله** ولا يجب على الفقير
ظاهر **قوله** بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته او بما يفضل
على ذلك من كسبه الدائم اذا كان محترفا ينفق من كسبه يوما **قوله** والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدر
بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهي ماتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو
الصحيح لان النفقة يشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه وصدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما
لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكوة فلان لا يشترط ههنا وهي مؤنة من كل وجه اولى وفي الفضل
في خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف انه يشترط نصاب الزكوة ثم قال في الخلاصة
بكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان النقص منه درهم لا يجب اذا كان للابن الغائب مال
قضي فيه بنفقة ابويه **وقوله** وقد بينا الوجه فيه يريد به ما تقدم من قوله ولا يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء
المعدودين ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم **قوله** واذا باع ابوه متاعه ظاهر
قوله وكذا لا يملك الام في النفقة مخالف لما ذكره في الاقضية وما ذكره القدوري من جواز البيع للابوين
فاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري يملك الام البيع كالاب لان معنى الولادة
يجمعهما في استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون ما في الاقضية والقدوري ماولا بان الاب
هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعدت اليهما وهو الظاهر **وقوله**
ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب اعترض عليه بانه كذلك لكن الغرض انه يبيعه لنفقته وانما صح بيعه
ان لو كان قصده البيع للحفظ واجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصد الانفاق فلا يتغير
تلك الحقيقة اذ لا تأثير للعزيمة في تغير الحقيقة لا يقال تعارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول
الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض **وقوله** على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان لهم
ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم **قوله** لانه يملكه بالضمان يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان
فظهر انه كان متبرعا بمال نفسه **قوله** بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى القاضي يعني انها لا تسقط بمضي المدة
لانها يجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا يجب مع يسارها فلا يجب بحصول الاستغناء
فيما مضى **قوله** الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه استثناء من قوله مضت مدة سقطت ومعناه
اذا اذن القاضي بالاستدانة عليه لا يسقط نفقتهم ايضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضي له
ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة بها عليه كامر الغائب بها ولو امر الغائب بالاستدانة صار دينا في ذمته

المسند

لا يسقط بمضي المدة فكذا اذا اذن القاضي بذلك واذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب
للكفاية ظهر لك وجه ما قاله في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر نفقة فمضت المدة وفي يدها منه شيء تجب
للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب لم يجب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة بمدة معينة فرقت
ليس عليه ان يكسوها حتى يفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم

فصل

جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات واخره عن الجميع وهو في نحو ظاهر مذهب اصحابنا ان
الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما في الدواب فيفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها وكذا
غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى بها ايضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها
وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له اجبر
على بيع مملوكه والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار على البيع زوال الملك
المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على
المولى بحال من الاحوال واما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات
حق المرأة في الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تاخيرا قوله على ما
ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يساره فلا يسقط فكان الضرر
اللاحق بالزوج اشد فكان بالدفع اولى وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر وهو قول الشافعي وقاسا على الرقيق وجوابه
ما قلنا يعني من عدم الجبر لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من اهل
الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة الا ترى انه بالكتابة
يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح ان يكون مقضيا
له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبة له في انه اسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار
اعتاق البعض كاعتاق الكل اما اسنادا في الملك او تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق
ومن محاسنه انه احياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة
والولاية والقضاء وتفسيره في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي الشرع هو قوة
حكمية يصير المرء بها اهلا للشهادة والولاية والقضاء واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب
ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي عبدا مسلما
فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة رحمه الله ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه
كون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا ملك اليمين وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه
زوال الرق والملك عن المحل وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما ببدل او بغيره
وكلامه ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله شرط الحرية لان العتق يعني الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبي
ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا ترى انه لو ورث اخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق وقوله والعقل
ليس من اهله لكونه من المحضة ويدل على ذلك قوله ايضا لان المجنون ليس باهل التصرف فان الاعتاق تصرف لا
العتق قوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما

العتق

الى حالة منافية الاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس باهل لقول الملزم يعني لان
الصبا يوجب الحجر عن قوله قيل لا نم ذلك بل هو اهل له الا ترى ان صبيا لو اقر بالرق لزمه حتى لو ادعى
بعد البلوغ حرية الاصل لا يسمع دعواه اجيب بان اللزوم ثمة هو بيد صاحب اليد واقراره مؤكد وقوله
واذا قال لعبده او امته انت حر قال في المبسوط الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق
والحرية والولاء سواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة الخبر فان تقول قد اعتقتك او
حررتك واما صيغة الوصف فان يقول انت حر او انت عتيق واما النداء فان يقول يا حر يا عتيق وكذا لو
قال لعبده هذا مولاي الى آخره قوله ويستغنى عن بعد ادا به قوله في مسئلة يا ابني على ما يجيء وقوله الا اذا
سماه حرا استثناء من قوله ولو قال يا حر وقوله وكذا عكسه يعني ان ناداه يا حر وكان قيده آزاد قوله فيعتبر اخبارا
عن الوصف قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حرا لما كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف واجيب
بانه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف
فكان النداء اخبارا بان المنادى موصوف بهذه الصفة قوله وسنبين الاختلاف فيه يريد الاختلاف
في تجزي الاعتاق على ما يذكره قوله وقد بيناه يعني في الطلاق قوله وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني انه نوى
العتق يعتق لكونه بمنزلة قوله قد خليت سبيلك لمناسبة الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانها
لا يعتق لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما ياتي بيانه قوله لان السلطان عبارة
عن اليد يقال للعلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي لليد فكانه
قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف
قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو
نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما زوال الملك
او لازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية
لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب
على ما ذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باقية الى ان
يسلم قوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى بالبراءة عنه يعتق

قال ولو قال هذا ابني ومن قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني
وثبت على ذلك ثبت النسب فعتق عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يبع الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري
لابي الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل
هو شرط اتفاقي قوله لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف
فيثبت نسبه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب
لكنه يعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة وسيجيء بيان مجوز المجاز ولو قال هذا مولاي ظاهر وقيل
ما ذكر المص من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو مستعمل في ثلثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير اما مجيئه
لمعنى الناصر فكما في قوله ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم واما بمعنى ابن العم فكما
في قوله تعالى واني خفت الموالي من ورائي قوله والثالث نوع مجاز يعني الموالاة في الدين لانه المولى مشترك

من الولي وهو القريب ولا قريب بين المعتق والمعتق من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان
فيعتبر القريب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه كذا في بعض الشروح ومعتق الفرض والتقدير **وقوله** فانه لنفي
بالصريح يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبداً **قوله** واما الثاني يعني به قوله يا مولاي وقوله بخلاف ما ذكر
يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق بخلاف قوله يا
سيدي يا مالكي فان معناه يا من له السيادة والملك علي ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو
الاكرام والتلطف **وقوله** ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق به دونهما
بان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا
له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال على ما بينا يعني
في قوله لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى الى آخره واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان
للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق
من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
يعتق فيهما اي في قوله يا ابني يا اخي والحاصل ان العتق يقع بالنداء بثلثة الفاظ في ظاهر الرواية يا حر
يا عتيق يا مولاي وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا اخي والاعتماد على
الظاهر **قوله** ولو قال يا ابن **قال** وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله انا قال لعبده وهو اكبر
سنا منه هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول ابي حنيفة اولا وهو قول الشافعي فاصل هذه
المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة رح على ما عرف في الاصول وقد قررناه
في التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لامكان ان يكون
العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقال ابو حنيفة تصور
حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل للبيع بل شرط
صحة التكلم **وقوله** هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدأ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكته لان البنوة
اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كانه قال
هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه بخلاف ما استشهد به على
بناء المعقول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق وما لقوله انت حر من حين ملكتك لان
الاول يقتضي عدم وجود الملك عليه والثاني يقتضي وجوده البتة والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه والا
لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال **قوله** وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجها صحيحين
جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه
الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطاء سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن
قوله لك علي خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه ان القطع خطاء سبب لمال مطلق
بل لمال يخالف المال المطلق في الوصف وهو الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين بلفظ النتيجة كذا في النهاية
وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو سبب لا يمكن اثباته وما يمكن
اثباته ليس بسببه وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو اما الحقيقة والمجاز

فيلغو

فيلغو اما الحقيقة فظاهر واما المجاز فلان قطع اليد خطاء ملزوم الارش الذي هو ملزوم القطع واللازم وهو القطع
منتف فالملزوم وهو الارش كذلك **وقوله** اما الحرية لا تختلف معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من
حين ملكه مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها
فامكن جعله اي جعل قوله هذا ابني مجازا عنها اي عن الحرية على تاويل العتق او المذكور ولو قال هذا ابي وابي
لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف وهو الاظهر **قوله** لما بينا يعني الوجه من الجانبين في قوله هذا ابني ولو قال للصبي
صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف والوجه ما تقدم وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في
من نوعه الحرية الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى
ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا جدي ابو ابي عتق وقد ذكر بعض الشارحين بخلاف الابوة
والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بينا اما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك
سبب الحرية الى آخره فكذلك ههنا الاخوة في الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم العتق فقوله في مسئلة
الجد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة فكذلك ههنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب
او الام لانها عبارة عن مجاورة في صلب او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه
الواسطة **قال** في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكر مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكر
مقيدا وقال هذا اخي لابي او لامي فيعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين
قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا وقد
يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف
ثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال
لعبده هذا بنتي فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو اي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى
لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى تعلق الحكم
بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبر الحقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة
بينهما **وقوله** وان قال لامته انت طالق او باين الى قوله وعلل الفعلين وهو جواب عما يقال الاعتاق
اثبات القوة وهذا يثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فاني يشبه الطلاق الذي هو اسقاط
محض وتقدير الجواب الاعتاق ايضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام فليست بواسطة
لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازال المانع فاستوى الاعتاق والطلاق
قوله ولهذا اي ولكون العتق محتمل لفظ يصلح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى
المجاز على المناسبة والشيء لا يناسب شيئا الا والآخر يناسبه وانما قال على ما قاله مشايخنا لان المنقول
عن الشافعي في لفظ الطلاق فحسب واصحابه قاسوا عليها سائر الفاظ الصريح والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله
كلامه لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذ من قولهم عتق الطير اذا
قوى وطار عن وكره وفي الشرع ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر والطلاق في
اللغة رفع القيد ماخوذ من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا

في الاطلاق وكذلك في الشرع لان المنكوحة ملك الزوج الا انها قادرة الا ان قيد النكاح مانع والطلاق يرفع
المانع فيظهر القوة وليس من اثبات القوة الشرعية في محل لم تكن وبين رفع المانع ليعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة
ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى لا يصلح ان يكون مستعارا للاعلى على ما ذكره ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح
لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح
فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى فاسقاط ملك اليمين اسقاط اقوى واللفظ يصلح مجازا
عما هو دونه حقيقة لا عما فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين
ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في احدهما اقوى منه في الآخر وانت تريد الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية
بينهما فتدعي ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك واثبت تريد
ان تلحق جرأته وقوته بجراءة الاسد وقوته فتدعي الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق
اسم القوي على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز استعارة
الفاظ العتاق للطلاق دون عكسه فالفرق بين الشكين المذكورين في الكتاب ان في الاول منع المناسبة
واظهار السند بان الاعتاق اثبات والطلاق رفع فانى يتناسبان وفي الثانية تسليم ان كلا منهما اسقاط
لكن الاعتاق اقوى وهو مانع في الاستعارة قوله واذا قال لعبده انت مثل الحر لا يعتق الا بالنية لانه قال لان المثل يستعمل
ابلم يوم يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل
للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك وقوله عرفا
يجوز ان يراد به العرف العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا
اذا كان معروفا مشهورا بصفة كعلم او خط او جود او غيرها ويجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه
في الاتحاد بالحقيقة قوله ولو قال لا انت الاحر الى آخره ظاهر

فصل

لما ذكر
العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل
بغير اختياره كارث قريبه وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد
في بطن امه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما
لو كان احدهما ذكرا والآخر انثى ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه
الخمسة الا النسائي واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤثرة بالمحرمية ولادا او غيره فان قيل الضمير في
منه يعود الى من كما في قوله عليه السلام من دخل دار ابي سفيان فهو آمن وامثاله فلا يكون حجة اجيب بانه
وقوع جزاء لقوله من ملك بنوع من ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فانه تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك
شيئا وقوله وهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل قد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد
والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطف بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه اجيب بانه
دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله انه شديد يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر
كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وامثاله قوله وان فرق بينها لعدنا في غيره اي في
غير الولاد واستدل بان ثبوت العتق من غير مرضاه ينفيه القياس او لا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس

لا يلحق به شيء آخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يدخل فيه بالاستدلال اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق
به من كل وجه وهنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهيهما نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب
في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما روينا وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة
مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما انه ملك ذلك فبالاجماع واما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس
فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملحق لانها اي القرابة
المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع
واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما اثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا
البتة فاستدل به ولسنا نحتاج ههنا لكنه وهو قولهم بهذه قرابة صينت عن ادنى الذلين وهو ذل النكاح فلان يصان
عن اعلاهما اولى فانا ندعي ان ذل النكاح اعلى فذلك مكابرة يستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا
واجماعنا على ان الرضاع يمنع ذل النكاح دون ذل الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان دافع الاعلى يرفع
الادنى لا محالة ولا فرق بين ان يكون المالك مسلما او كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة
للنكاح فان قيل هذه القرابة ان اوجبت العتق اوجبت باعتبار الصلة على ما اشار اليه المص بقوله هي التي
يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا يجب النفقة فلا يوجب الاعتاق
ايضا اجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة لقوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما بني عليه وانما قال او كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك
في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه فانه لو اعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم نفاذ
العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتق لم ينفذ واما اذا ملك ذا
رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل ان ما يمنع من العتق بالملك يمنع بالاعتاق ايضا لان الوقوع
بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالزام يلزم بالالتزام ايضا بالاستقراء الا انا تركنا
الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من اهله فلا يعرف
في موضعه وكذا اذا اعتق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم ان قوله في دار
الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا لا يختص تعلقه
بقوله او كافرا قوله والمكاتب اذا اشترى اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد وتقريره
لا نسلم انه لا يتكاتب عليه بل قد روي عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا ولئن سلمنا فانما لا يتكاتب
عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق بل قد روي عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا
ولئن سلمنا فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك لانه عبد ما بقي عليه درهم وانما الحق بالملاك فيما هو المقصود
من الكتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق لا يعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك
لا عتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كان
مقصودا بالكتابة لكونه يتخلص عن ذل الرق فكذلك عتق الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق
عليه تحقيقا للمقصود بالعقد واما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار بقيام الحرمة
برق ابنه او ابيه قوله وهذا بخلاف ما اذا ملك بنفسه جواب عن نقض اجمالي تقديره لو كان علة ذي الرحم المحرم علة

العقد على غير ملك لعمة ابنة العم التي هي احت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان لا

بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح

لانه كان معلوما من اصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا

العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهي ملك ذي

الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فكان كالنفقة قال ومن اعتق عبدا لوجه الله ومن قال

لعبده انت حر لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق عليه لوجود ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غير مانع شرعي

فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله في الوجه الاول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين

يعني للشيطان والصنم قوله وعتق المكره واقع وقد تقدم في الطلاق وان اضاف العتق الى الملك مثل ان يقول

لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فانت حر فكذلك اما

الاضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه واما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط يجري فيه

التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي في وجه آخر وهو ان زوال الملك عنده

يبطل اليمين وعندنا لا يبطلها فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق

عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف

حين خرجوا مسلمين هم عتقاء الله روى ابن عباس رضي الله عنهما ان عبدين من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما

النبي عليه السلام ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وقيد بالابتداء لجواز عليه بقاء

لانه في البقاء من امور الحكمية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها قوله وان اعتق حاملا فقط

واعترض عليه بانه لو لم يعتق امه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة واجيب بانه لما اعتق ما في بطنها

لم يبق الجنين على ملكه فهبة الام بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الام واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد

والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الفاسد على ما يجي قوله واشتراط بدل العتق

على غير المعتق لا يجوز قيل سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون من اهل القبول

وهو ان يكون عاقلا ليعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها

ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد واجيب بان ذلك في صريح الشرط واما هنا فانه

مذكور بكلمة على فكان ذكر المال هنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق

ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضي انه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية و

اعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فانه توقف

فيه مشروط بكونها من اهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم على ما مر في الخلع قال

النهاية هذا الذي ذكره في الجامع وهو يحتمل ان يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير فان في شرحه فرق بين الخلع

والاعتاق بجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في معنى المرأة في

عدم حصول شي لها بمقابلة المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم يكن للعبد قبله

فكان في مقابلة شي يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير

المشتري قوله واما يعرف قيام الحمل واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك قوله منه اي من وقت

العتق وولدها الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان الاصل ان يخلق الولد من

ماء صاحب الماء ولا معارض له فيه اي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماءان

له بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتحقق المعارضة

وترجح جانب الام باموره منها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون

مرجحا لما قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف

ماء الزوج فكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول ارجح لا محالة ومنها

الولد ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا اما حسا

فانه يتغذى بغذائها ويتنقل بانتقالها حتى يدخل في البيع بالمقراض عند انفصاله منها واما شرعا فلانه يعتق بعتقها

وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه قوله والمنافاة متحققة جوابهما يقال الترجيح يحتاج الى

بعد التعارض وتقرير التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو

اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فيثبت المنافاة بخلاف الولد من المولى فانه للمولى اي جانب اعتبر

قوله والزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج الامة عالما بان الولد يرق به وفيه نظر لان العلم بكون

الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته قوله بخلاف ولد المغرور

ظاهر وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في وصف المملوكية

والمرقوقية فانا اعتد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وام الولد الملك

كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله والتدبير وامية الولد والكتابة كالتفسير لذلك

باب العبد الذي يعتق بعضه

اخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه

مختلفا فيه والمتفق عليه اولى بالتقديم واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته

لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما

لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني اذا كان المعتق واحدا او موسرا ان كان العبد مشتركا واما اذا كان

معسرا فملك الساكت باق كما كان حتى جاز له ان يبيع ويهب على ما يجي وكل ما لا يتجزى اضافته الى البعض كا

الى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول يتجزى

او حكمه يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في حق حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون

النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله او يعني لا يوجب

بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل ثم ان الاعتاق اثبات

العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق لان المحل لا يخلو عن احدهما فان انتفاء احدهما

يوجب اثبات الآخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة او تجزي

العتق لانه اذا تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة او لا يثبت شي او يثبت بعضه وعلى كل

من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق فصار الاعتاق كالطلاق والعفو عن

القصاص والاستيلاد في عدم التجزي فان قلت قد تقدم ان الاعتاق عندنا في اسقاط كالطلاق

فكيف جعله هنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتها على جهته فقال

لهم ان الاعتاق الى آخره ولابي حنيفة رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق
للتصرف او هو اى الاعتاق ازالة الملك لا اثبات العتق بازالة صفة الذى هو العتق الرق ولا هو ازالة الرق
ليلزم عدم التجزى لان الملك حقه اى حق المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف ان يكون عبدا
لله جازاه الله فصيره عبد عبيده او حق العامة لان الغانمين كما يغتنمون غير الرقيق يغتنمونه وحكم التصرف انما
يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره وهذا كما ترى بناء الكلام على احد امرين كل منهما مستقل
بافادة المطلوب وتقريره الاجمالى اثبات العتق بازالة الملك والملك متجز فالاعتاق كذلك واما قلنا
انه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف
فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما يكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على
الملك واما ان الملك متجز فذلك بالاجماع لكنه تعلق به امر غير متجز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيه ولا
تجزيه عليه كجواز الصلوة فانه امر غير متجز تعلق بمتجز وهو الاركان وكذلك الطهارة امر غير متجز تعلق بمتجز وهو
غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزيهما ولا عليهما وهي ارادة الصلوة هذا تقرير احد الامرين وتقرير
الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق ازالة متجز وازالة المتجز متجز وبيان ذلك ما ذكرنا وهذا اسهل
ماخذا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فيجب عليه السعاية والمستسعى
بمنزلة المكاتب عنده اى عند ابي حنيفة رح لان الاضافة اى اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت المالكية
للعبد في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى وبقاء الملك في بعضه يمنع عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق
لانه لا يتجزى فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين
ممكن بازالة مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا مملوك رقبة كالمستسعى ويجوز ان يكون
معناه اذ هو اى معتق البعض مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز ان يكون معناه اضافة
العتق الى البعض توجب ثبوت مالكية في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة رح
فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل
الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد
رقيقا اذا عجز اجاب بقوله غير انه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى احد والاسقاط لا الى احد ليس فيه
معنى المعاوضة لانها انما تتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة لا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة
فانها اسقاط من المولى الى المكاتب اعتمادا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فقبل الفسخ و
بعض الفسخ لانه اسقاط لا الى اجل يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى اجل وهو وقت اداء
البدل قوله وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة جواب عن قولهم وصار كالطلاق والعفو عن القصاص
ووجهه انا لم نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي
الكتابة فصرنا اليها وليس في الطلاق والعفو ذلك فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم فهو فاما الاستيلاد فهو
متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد
عتقت من جميع المال فان قيل لو كان الاستيلاد متجزيا لاطرد في القنة ايضا اجاب بانه انما لم يتجز في القنة لان
المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كما استولد جارية نفسه لان

الاستيلاد عنده غير متجز قال واذا كان العبد بين شريكين اذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما
نصيبه عتق وكلامه واضح ونوقش مناقشة لفظية وهي ان ابا حنيفة رح لا يثبت عنده شئ من العتق فما وجه صحة قوله
عتق واجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق او زوال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد قوله فالولاء
بينهما يشير الى ان الاختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق احدهما بمال واعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء
بينهما جميعا قوله لما في الثاني يعني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان

غنيا ضمن وان كان م

فقيرا سعى في حصة الآخر والقياس فيه احد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا لانه
باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد
لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق في حال لانه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف
في ملكه لا يكون متعديا فلا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره او
احرق الحصائد في ارضه فاحترق شئ من ملك جاره ولكنهما تركا القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر
عنهما وسالم روى عمرة عن عائشة رضي الله عنها ووجه الاستدلال به انه قسم والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة رح
ما ذكره في الكتاب ظاهر قوله لما قلنا يريد به قوله وله انه احتبس مالية نصيبه قوله الا ان العبد فيه فيستسعيه
قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع ظاهره على المعتق لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على
الراهن بما سعى واجيب بان معتق المعتق يمنع وجوب الضمان عليه للساكت وكذلك يمنع للعبد والعبد انما
سعى في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته
بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له
حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن فان قيل ما ذكر من وجه ابي حنيفة رح فانما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل
اجيب بان النبي عليه السلام قسم على وجه الشرط لانه علق الكلام على الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافي الاستسعاء
في غير المعتق عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز ان يثبت
السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة رح قوله ثم المعتبر يسار
التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب هذا هو ظاهر الرواية ولم
يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن فقد روى استثناءه ويعتبر ملك النصاب هذا
هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن فقد روى قيمة العبد في الضمان
والسعاية يوم الاعتاق وكذا حال المعتق في يساره واعساره فان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الساكت
بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه قوله لا يسار الغنى اشارة
الى ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب
كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود قوله لانه به اى بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب المعتق
والساكت بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق
القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حصته من المال يمكن
من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره قوله ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني
اذا علم ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اى اصلين بني الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق

اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا للعتق فى النصيبين جميعا و يساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان
واستغنى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حال اليسار الاصل الثانى فلو وجب
لكان عليه السعاية والولآء للمعتق لان العتق كله من جهته الاصل الاول واما التخريج على قوله تخيار الاعتاق فى نصيبه
بنآء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه فى الباقى قايما واما التضمين فلان المعتق جاز عليه بافساد
نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق ونحو بعض التدبير والكتابة والقايل ان يقول
التضمين على مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين اما على الاصل الثانى فظاهر واما على الاصل الاول فلان التجزى
ان لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب ان التخريج مبنى المسئلة من حيث المذهبان لا من حيث
المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان فى مذهبهما معتمد على عدم التجزى لا محالة على انا نقول التجزى
ان لم يوجب الضمان من حيث هو تجزى فمن حيثية وجهة اخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه فى الجملة **قوله**
والاستسعآء معطوف على قوله والتضمين **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ولانه احتبس ماليه نصيبه عند العبد
وهو مبنى على الاصل الثانى ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له
ذلك اى اخذ القيمة بالاستسعآء بنآء على الاصل الثانى فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل فى يد الغاصب
وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا وكان للكل له وقد اعتق
بعضه فله ان يعتق الباقى او يستسعى ان شاء **قوله** ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل المستسعى
كالمكاتب فكيف قبل ذلك وتقريره ان ذلك ضمنى والضمنيات لا تعتبر **قوله** والولآء للمعتق فى هذا الوجه
يعنى اذا ضمن المعتق وهو ظاهر **قوله** لما بينا اشارة الى قوله احتبست ماليه نصيبه **قوله** ولا يرجع المستسعى
على المعتق ظاهر وقد قدمناه جوابا لسؤال **قوله** وقولا ان فى غير الموسر بيان لموضع خلاف الشافعى
فانه ذكر فى اول الباب مطلقا فاحتاج ان يبينه ههنا **قوله** ولا دامن به اى بالاعتاق لان الرضى انما
يتحقق بعد العلم والمولى ينفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا **قوله** فتعين ما
عيناه يعنى عتق ما عتق ورق ما رق وقلنا الى الاستسعآء سبيل لان الاستسعآء لا ينفرد فى وجوبه
الى الجناية كما فى اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يبتنى على احتباس المالية وهو موجود
كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعآء سبيل لا يضار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة
من اعتاق البعض والضعف السالب لها لصحة البيع وامثاله فى شخص واحد **قال** ولو شهد كل
واحد من الشريكين على صاحبه كلامه واضح الا ما ننبه عليه قوله بالعتق او بالاعتاق **قوله** فى دعواى فى زعم
كل واحد منهما **قوله** فيصدق يعنى كل واحد منهما فى حق نفسه **قوله** لانه مكاتبه اى على تقدير الصدق
قوله او مملوكه يعنى على تقدير الكذب وهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا بحق الاستسعآء على التقديرين
لان المولى اذا كان كاذبا فى قوله اعتق شريكى نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعآء هو ان
يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا فى قوله اعتق الشريك يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا باعتبار
تجزى الاعتاق عند ابى حنيفة رح فكان الاستسعآء ح بمنزلة اخذ بدل الكتابة وذلك ايضا جائز **قوله**
لان حقه فى الحالين اى لان حق المولى فى حال اليسار والاعسار واحد شيئين اى التضمين والاستسعآء
قوله وقد تعذر التضمين لانكار الشريك اعتراض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه اذا انكر

خلف

بخلف فاذا انكل وجب الضمان واجيب بانه لما كان من اعتقاد كل واحد منها انه اعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان
على تقدير الحلف فتعين السعاية فلا فايدة فى التحليف بل يتعين السعاية بلا تحليف لان مآل اليه **قوله** على ما بينا
يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعآء كاذبا كان او صادقا كذا فى النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه
مكاتبه او مملوكه ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى
ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لكن عند ابى حنيفة لا فرق بين ان
يكونا موسرين او معسرين او كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على
العبد فكذا جهلهما فى استحقاق النصف الباقى على السوآء وعند ابى يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا
موسرين لم يسع لواحد منهما فى شى لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعى الضمان على شريكه لان يسار المعتق
يمنع السعاية وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا يسعى فى ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعى الضمان على شريكه
ويتبرأ من سعاية العبد فيسقط حصته عنه والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له فى حصته وقال محمد يسعى
فى جميع قيمته بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شى وان كان احدهما
موسرا والآخر معسرا سعى فى نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار
المعتق عنده ايضا يمنع وجوب السعاية وجه قول محمد رح فيما اذا كانا معسرين ان المقضى عليه بسقوط
السعاية هو الحانث منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضآء عليه فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم
فانه لا يقضى بشى للجهالة كذا هنا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع
التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل **قوله** والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع جواب عن قوله المقضى
عليه مجهول فان قيل فى التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق اجيب بان ذلك
متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان
فيه ابطال حق العبد من كل وجه واما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال الحق عن المعتق من وجه فكان
التوزيع اولى **قوله** ويأتى التفريع فيه كما مضينا فى اثنآء الكلام **قوله** ولو حلفا على عبدين ظاهر
وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره **قوله** ولا ضمان عليه اى على الاب **قوله** وكذا اذا ورثاه
بالاتفاق وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن اخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه اولها
لها زوج واب ولها غلام وهو ابن زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابيها **قوله**
وقالا فى الشرى اشارة الى ما ذكرنا من الاتفاق فى صورة الارث **قوله** وقد حلف بعتقه ان اشترى نصفه انما
قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شرآء كل العبد ولم يوجد
وجه قولهما على ما ذكره فى الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الآخر رضى بافساد
ومن رضى بذلك لا يضمن المفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك اى الدليل على رضاه
بافساد نصيبه انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشرآء لان شرآء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة
عندنا والمشاركة بالعتق رضاء بالعتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشرآء علة الملك والملك
فى القريب علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة اذا لم يصلح العلة الاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك
حكم شرعى يثبت بعد مباشرة علته بغير اختياره بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة

قوله وبهذا ضمان افساد يجوز ان يكون جوابا عما يقال انما كان الرضا مسقطاً للضمان ان لو كان ضمان افساد
واما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه
ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له
وكان ضمان تملك ووجه الجواب انه ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا
وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روى عن ابي يوسف رح ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار
فلا يسقط الضمان قوله ولا يختلف الجواب بين العلم اي القرابة وعدمه في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لان الحكم
بناء على السبب اي العلة كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك الآمر ولا يعلم الآمر بكونه والسبب قد وجد
باختياره وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين اذا لم يكن عالما بها في حكم الضمان
لان الرضا لا يتحقق الا اذا كان عالما بها قوله وان بدا الاجنبي ظاهر مما تقدم وكذلك قوله وان اشترى
نصفابه وهو موسر وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن الساكت
قوله والوجه قد ذكرناه اشارة الى قوله لهما انه ابطل ولده انه رضي قال واذا كان العبد بين ثلثة نفر
دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان اي اراد الاثنان من بالضمان الا انه الساكت
والمدبر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية او اطلق الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن المدبر ولا
المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وبيان ذلك ان قيمة العبد ان كان
سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر
ثلثا قيمة القن لما ذكر فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهي ثلثا قيمة
القن وهو ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب
الساكت مع تلك الستة التي يضمنه اياها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد كله للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه
كان او معسرا قوله واصل هذا ظاهر قوله على ما مر اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حتى امتنع
عليه البيع والهبة الى آخره قوله غير ان له ان يضمن المدبر بيان حصر الضمان على المدبر بعدما كان الاعتاق ايضا
سبب ضمان وتقرير ذلك ان ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل في
الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز اما ان ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه يضمن
ما تلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سببا الضمان موجبا للملك
المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما تلفه وما تلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان
ضمانه ضمانا غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية واما ان الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فلا
ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا ومما يدل على ان ضمان المدبر ضمان معاوضة ان من غصب مدبرا
فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق فلم يرجع من اباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية و
في آخر باب النهي من اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء
الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما تلفه بتدبيره
قابل للنقل ضمان معاوضة كان اولى قوله لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين قال الامام جلال
الدين ابن الهمص رح هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر

وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند ابي حنيفة رح وان كان بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتقايل
وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر قوله على ما قالوا اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم نصف قيمة القن
لان قبل التدبير كان له فيه نوعان منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما وهو
البيع وبقي الآخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح انه
في الكتاب لان منفعة الوطي والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى على الاول قوله ولا يضمنه
قيمة ما ملكه بالضمان يعني ان المدبر لما ادى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت
واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا لان نصيبه بعد التدبير
كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي ملك على
الساكت باداء الضمان لوجهين احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا
يظهر في حق التضمين والثاني انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك
الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على الاول
ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت
له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان
وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل
فكذلك من قام مقامه واما المعتق فلما قام مقام الساكت باداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء
كان للمعتق ايضا تلك الولاية قوله والولاء بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث
للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل لو كان اداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان
للمعتق ثلث الولاء ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف
لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما يضمن واما
المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثيه
من الابتداء مستندا فيثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما ان نصيب الساكت بعدما انتقل الى المدبر
لا ينتقل الى المعتق قوله لانه ضمان تملك اي لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف
باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية وهو يختلف باليسار والاعسار
واعترض بان قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار اردتم به مطلق ضمان الجناية او الجناية
بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا او اتلف شيئا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا
كان او معسرا والثاني تحكم واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله عليه السلام في الرجل
يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف
القياس قال واذا كانت جارية بين رجلين واذا كانت الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام
ولد لصاحبه وهو ينكر فهي موقوفة يوما اي يرفع عنها الخدمة يوما ويخدم المنكر يوما عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء
المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر بالاستسعاء لانه
لما لم يصدقه وتقريره ان المقر لما اقر على نفسه بالاستيلاد صح واذا اضافه الى من يكذبه وهو صيغة ذلك اغلب

اقراره عليه صادقا كانه استولدها فضار كما اذا اقر المشتري على البايع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن المنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية فيخرج الى العتاق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر ولابي حنيفة ان المقر لو صدق تقرير موقوف على مقدمة هي ان الخبر ينقسم الى الصادق والكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان صدق الخبر وكذبه راجعان الى المطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول كان الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرا عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى قوله فالاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب جواب عن قولهما كانه استولدها يعني انه لما اقر بامومية الولد فضمن اقراره بها الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب لا مرلازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا اقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له ثم ادعى المقر نسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كان ام ولد بينهما بان ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى منها انها اذا مات احدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا ويسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها اذا غصبها ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد انها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطي لا يكون الا بملك اليمين عند عدم ملك النكاح الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية ولولا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم اجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر قوله عبران قيمتها بيان لمقدار القيمة وهو واضح ولابي حنيفة رح ان التقوم بالاحراز للتمول والاحراز للتمول في ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول قوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك قوله والاحراز للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه الاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول قوله ولهذا لا يسعى لغريم جاز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصودا لسعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فالملزوم كذلك وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم قوله بخلاف المدبر جواب المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء قوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر وبيانه ان السبب في ام الولد متحقق في الحال وهي الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا الا انه لم يظهر عمله في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملك النكاح كذلك ولا ضرورة في اسقاط التقوم فعمل فيه السبب واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت

لان قوله انت حر تعليق معنى والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف قوله وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمنع بيع المدبر الا انه انما امتنع تحقيقا للمقصود اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته قوله وفي ام ولد النصراني جواب عما قاسا عليه قوله قضينا بكتابتها عليه ليس المراد حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت بمعنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد فلئلا يبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي بمعنى المكاتبة كان ما ادته في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان مكاتبتها لم تقتض تقوم ام ولد النصراني فافهم ما قلنا والله اعلم بالصواب

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان عتق احد العبدين وقدم الاول ان الواحد قبل الاثنين ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر فلنسم كلا منهم باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان ما دام حيا لانه هو المجمل فيرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صادف حرا فلا يستحق به العتق كالو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدا ببيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل يؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا وان مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من يعني الخارج والداخل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح كذلك يعني يعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الخارج نصفه الا في العبد الآخر وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان التسجد منهم كان محتملا ان يكون لله فكان اسلاما ويجب تكميل جميع الدية وان يكون لغير الله تعظيما من القتل على ما كان عليه ما دونهم من السجود لتعظيم عظمائهم فحينئذ حربيهم فلا يجب فيتكمل الدية فلما وجبت من وجه ولم يجب من وجه اوجب النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا فان قيل قال ابو حنيفة رح في الخنثى يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال والنساء لا بد ان يتعلق له ثدي او ينبت له لحية ويرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين ما ذكر في الكتاب وهو واضح هذا اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك فان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق في المرض وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل منهم بقدر وصيته فيجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان

وكذا الداخل ويضرب الثابت بثلثة الارباع وهي ثلثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع
واحدا وعشرين وثلثاه اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من
الثابت ثلثة اسهم ويسعى في الاربعة واما على قول محمد رح فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلثة اسهم والداخل بسهم
فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في
اربعة والثابت يعتق منه الثلثة ويسعى في ثلثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب الوصايا ستة
وهو نصف الورثة اثنى عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان لا يعتقوا ولا سعاية عليهم اصلا اجازت
الورثة او لم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا صادف
محلا معلوما اما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لانه ثبت ح بطريق الضرورة
وما كان كذلك لا يتعدى موضعها قوله ولو كان هذا اي ولو كان هذا الكلام في الطلاق وهن غير مدخولات ومات
الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن الداخلة ثمنه وهي مسئلة الزيادات
يحتج بها محمد رح عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن من الصداق
بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني
فقيل هذا قول محمد رح فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا فلا بد من الفرق بين
العتق والطلاق وفرق بان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق
الى ايهما شاء من الثابت والخارج فاذا مات لحق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه
فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد لا انه اما
الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما البائنة في الطلاق فمترددة بين ان يكون منكوحة وبين
ان يكون اجنبية لان الخارجة ان كانت المراد بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني
وان كانت الثابتة هي المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية فيلغو الايجاب الثاني فجعلناها اجنبية من وجه
دون وجه فيصح الايجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة
والثابتة فنصيب كل واحدة منهما الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكرنا في اول البحث اذا كان المولى والعبيد
احياء ومنها اذا كان المولى حيا ويموت احد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج
فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثاني اوجب
عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطل مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد رح فانما يعتق الخارج لما قلنا
واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار كانه قال لهما
وان مات الداخل قيل للمولى اوقع العتق على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الداخل
الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقع على الثابت
لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المصنوع اليه حر قال الامام فخر الاسلام في شرح الزيادات هذا
عند محمد رح فاما عندهما فيجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثاني صحيح فتعين له الثابت بموت الداخل
فاوجب تعينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني
وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني وان اوقع على الثابتة لغى الكلام الثاني وان اوقع الطلاق ابتداء

على الداخلة

على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الاول ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة
والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخريين
بالكلام الاول فان اوقع على الخارجة طلقت الثانية ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت فان اوقع على الثابتة لم تطلق
الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسئلة العتاق ومنها ميراث النساء وهو الربع
او الثمن يقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين والنصف الاخر بين
الاوليين لان احديهما ليست باولى **قال** ومن قال لعبديه احدكما حر كلامه على ذكر في الكتاب [illegible] خلاف
ان قوله لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت اورد عليه بانه لو قال لامتين احديهما بنتي او ام ولدي وماتت احديهما لم يتعين
الحرية والاستيلاد في الحية واجيب بان هذا الكلام ليس ايقاعا بصيغته بل هو اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن
الميت والحي فيرجع الى بيان المولى فاما الانشاء فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا فانما يتعين احدهما للحرية
اذا مات الآخر لان البيان قائم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان قوله احدكما حر لا يثبت العتق
في واحد منهما بعينه ولهذا قيل العتق فيه غير ثابت فما قبل المعين يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق لا يتعدد
كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال وان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا
كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة قوله
وكذلك اذا استولد احديهما يعني اذا وطي احديهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له من وجه فتعذر تنجيز العتق
واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احديهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة **قوله**
للعتيقين يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وانتفاء الانتفاع الى جهة ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد
مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب
يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع احدهما ولم يقيده بشيء والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول
اليه ينافي العتق فتعين الآخر له والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف روى ابن سماعة عن ابي يوسف
اذا ساوم احدهما كان بيانا يعني لتعيين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم يثبت
الرواية عنه مكتوبة قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره
تأكيدا لان محمدا ذكر في الاملاء اذا وهب احدهما او قبضه او تصدق واقبض عتق الآخر ولان البيع الفاسد
يعين الآخر للعتق وان لم يكن قبض وكذلك في الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا
لان التعيين انما يحصل بوجود قصد تخصيص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت
احديهما لما بينا ان الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له وكذا لو وطي احديهما
لما بين في المسئلة التي بعد هذه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رح
وقالا يعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما حرة لا ملك فيها فالوطي لا يحل فيها فاذا وطي احديهما حصل مستبقيا
الملك فيها ليقع الوطي حلالا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق
ولابي حنيفة رح ان الملك قائم في الموطوءة اي في التي توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطيها حلالا لانه
اما ان الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكرة وهي الموطوءة غير منكرة بل هي معينة فلا يكون الايقاع
فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك منها زائلا واما ان الملك اذا كان قائما كان الوطي حلالا فظاهر لانه حلال

الى بيان ولذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا حل وطؤها على مذهبه وهذا في
غاية الدقة وبلوغ منه سيما التحقيق الا انه لا يفتى به قيل لان المنكرة التي يثبت فيها العتق لا يحل اعتقادها
الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك ابي حنيفة رح الاحتياط وارى انه لا يفتى به لئلا يجد
نم لابي حنيفة رح بترك الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا او لا فان كان غير نازل كان لها الا للمفظ من
مملوك وان كان نازلا لا يجوز وطؤها اجاب عن كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني ثم يقال العتق غير نازل
قبل البيان لتعلقه به اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول
فكذا هذا وقال على الشق الاول او يقال نازل لكن العتق نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان
المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما فانه يصح والوطء لا يقبل المنكرة لانه تصادف
المعينة اذ هو امر حسي لا يقع الا في المعين ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا في الاخرى فان قيل
فكيف وقع بيانا في الطلاق اجاب بقوله بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد
بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد
فلا يدل على الاستبقاء وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المص اختار جوازه او يحمل على المخلص المعروف
في اصول الفقه وقد قررناه في التقرير او في تقرير **قال** ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما
فانت حرة كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط ذكر محمد رح في الكيسانيات هذا الجواب
الذي ذكر ليس بجواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى
ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب
ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة
فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا
فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام يعتق في
حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال
صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما ان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في
طرف واحد القول فيه قول من ينكر وجود ما تيقن كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد
ولا يدرى انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق
وهو ولادة الغلام واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة
فيحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات قوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية
المنتهى قيل هي ستة اوجه فصلها في شروح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد
وهو المذكور في الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجارية وتسعيان في النصف
والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان يدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك والجارية
صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكر في الكتاب والثالث ان تدعي الام ان الغلام اول
والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكر ايضا فيه والرابع ان تدعي
الجارية وهي كبيرة والام ساكتة ان الغلام ولد اولا وهو المذكور في الكتاب سابقا بجوابه ووجهه والخامس ان

يتصادقوا

يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا والجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس ان يتصادقوا
ان الغلام ولد اولا والجواب ان الام يعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام
قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها ولعل
المص لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة
على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي
حنيفة رح هي باطلة الا ان تكون في وصيته استحسانا على ما نذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل
من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق
وانما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما
وجه قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك
دليل على كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية
وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فاذا كان من حقوق العباد لا
يقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع يقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق
فلذلك تقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكان الشهادة
فيه كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني
ولما قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحده اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمها ثابت
بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم يقع الحاجة
الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده
يوجب لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية الا يرى انه جاز له ان يزوجها وبدل
بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكر بقوله واذا
دعوى العبد شرطا عنده الى آخر المسئلة قوله لان الدعوى من المجهول لا يتحقق عليه اذا ادعيا ذلك وجب
ان تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعواهما دعوى غير صاحب
الحق وبان الدعوى ح لا يكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين **قوله** ولو شهد
انه اعتق احدى امتيه كصورة نص على ابي حنيفة رح لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم يسمع البينة فيها
ووجه دفعه ما ذكره بقوله لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه معنى قوله لان الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطؤهما
قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون الوطء بعده زنى واعترض بان عتق العبد
المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب
ان لازم عتقها من اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن ان يكون من الكبائر فالتسوية
بينهما خطأ قوله اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته بيان قوله الا ان يكون في وصية استحسانا
قوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية يعني سواء وقع في حالة الصحة او في حالة المرض وللاستحسان
وجهان ذكرهما المص احدهما ان التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان

تنفيذ الوصايا من حق الميت فكان الميت مدعيًا تقديرًا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فيقبل الشهادة
والثاني ان العتق يشيع بالموت فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال العجز عن البيان فكان ايجابًا لهما
ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصمًا متعينًا ولم يذكر وجه القياس وهو ان المقضي
له مجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق لظهوره مما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قال
الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم لا يقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم
هو الموصي وهو معلوم وقال بعضهم يقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصمًا متعينًا فكان
دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق جزاء بشرط ولما كان المعلق قاصرًا في السببية اخر التعليق عن التنجيز **قوله**
ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكًا ثم دخل عتق وهو ظاهر واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ
لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما اذا قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه
ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك واجيب بانه وجد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ
معناه ان ملكت مملوكًا وقت دخولي الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها لا صريحًا
ولا دلالة **قوله** لما قلنا يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول **قوله** لان قوله كل مملوك لي للحال
قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو
وغيره سواء **وقوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر بجزء ذكر ظاهر ومبناه ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل
والجنين ليس بكامل لما ذكره في الكتاب **قوله** وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي يدخل
الحامل فيدخل الحمل تبعًا بنا على ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو نوى
الرجال دون النساء لم يصدق قضاء واذا قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر
بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكًا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده
قوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله املكه فان املكه للحال **وقوله** ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه
المقصود **وقوله** لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية
وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهي انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر تقرير المص يدل على ما ذكره
صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا تم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس
بحقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح احدهما بالدليل اذا
وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم واقول قول
المص وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في احد المعنيين بعينه الا
بقرينة وليس النحويون مجمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال
مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعل مختار المص لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك
في الحال مضافًا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي
حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر مطلق والآخر ليس بمدبر مطلق
بل هو مدبر مقيد يجاز له ان يبيعه وان مات عتقا من الثلث مشتركين فيه وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان

في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا وهو مراد
فلا يجوز ان يكون غيره مرادًا على اصلنا ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك
املكه او لي فهو حر واما انه ايصاء فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا يعتبر الحالة
المنتظرة وهي الحالة المرتقبة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمحبوس
فيها لا في ما قبلها ولا في ما بعدها كذا في الشروح الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية
وفي الوصية لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عنده ومن يولد له بعده اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب
انما يصح مضافًا الى الملك او الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارًا للحالة
الراهنة ليصير الايجاب مضافًا الى الملك فيصير مدبرًا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه
اعتبارًا للحالة المرتقبة وهي حالة الموت ويصير مدبرًا بعده ولا يصير مدبرًا قبله كالذي كان في ملكه لانه لم يتناوله
الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث الايصاء لانه يكون عند كونه
حالة التملك استقبالًا محضًا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرًا حالة التملك وانما عند الموت اذا كان
موجودًا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك لي او املكه فهو حر لدخوله تحت الحالة المرتقبة فيصير مدبرًا لكون
العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه او لي حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق
وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال لا يتناوله الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترقا
وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافًا الى الملك معطوف على قوله ففي الوصايا بمعنى لا ان يكون جواب سؤال
مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين **قال** وهو ان يقال ينبغي ان لا يتناول الايجاب المشترى
اصلًا لا في الحال ولا في المال لان التناول انما يكون مضافًا الى الملك او الى سببه وليس احدهما في حقه بوجود فاجاب
بانه يتناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالي **قوله** ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال اشارة الى جواب
ابي يوسف ولعله اراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك وطرفي الكلام لان
الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق
في الحال او كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع
وصية والوصية يعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت واما ما بينهما
فليس بداخل تحته فلا يصير المتحدث مدبرًا حتى يموت لعله كان اسهل تناولًا واسلم من الاعتراض

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شيء على شيء يفعله وكذلك الجعالة
بالكسر وانما اخر هذا الباب لكون المال غير اصيل في باب العتق ومن اعتق عبده على مال اي مال كان من نقود او عروض
او حيوان او غيرها مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها
او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقًا
بشرط اداء الالف كما لو قال ان اديت الي الفا لانا قلنا انها انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود
وذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض العقود المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لما قيل لان الكلام فيما
اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة
المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه **وقوله** اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل

وجوه احدها ان العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس
بمال وليس بشيء لان المولى يملكه فكان ما بذله في مقابلة المال والثاني ان العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه
لكونه مبقى على اصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك
المولى عن ذاته بالاعتاق او ببيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح
وهذا ايضا ليس بشيء لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله في مقابلة
مال عند المولى والثالث ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به في ملكه شيء من المال
غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل بما هو قوة شرعية
وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار
حرا وان رده او اعرض عن المجلس بالقيام او بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط دينا عليه
حتى تصح الكفالة به لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام
الرق فكان ثبوته على خلاف القياس اذ القياس يأبى ان يستوجب المولى الدين على عبده فلا يثبت بخلاف
القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة فلم يتعد الى الكفالة
قوله واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني قوله ومن اعتق عبده على مال قوله فشابه النكاح
يعني فاشابه ذلك النكاح ان يثبت الحيوان دينا في الذمة ههنا كما جاز ذلك في تلك العقود وكذلك الطعام
الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز من حنطة ولا يضره جهالة
الوصف بان لم يقل انها جيدة او ردية ربيعية او خريفية فان جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها
يسيرة ولو علق عتقه باداء المال الاولى صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر
صيغة التعليق فيتعلق عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد
ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط قوله من غير ان يصير مكاتبا
يعني لا يثبت احكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد
رقيق يورث عنه مع ما في يده من اكسابه ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال او
ابرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكرنا في الجميع قوله ومراده التجارة يعني من الترغيب
في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاحتياج دون التكدي لانه مما ينفي المروة ويخسسه قوله وفي سائر
الحقوق يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبهها قوله انه يعني المولى ينزل قابضا بالتخلية برفع
المانع سواء قبض او لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب والحبس
قوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا احترز عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك
على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه قوله ولهذا لا يتوقف على قبول العبد
توضيح لكونه تصرف يمين قوله ولا جبر على مباشرة شروط الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين قوله لانه لا
استحقاق قبله لا جبر الا باستحقاق ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء
وقوله بخلاف الكتابة متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا قوله لانه اي لان عقد الكتابة معاوضة
والبدل فيها واجب فكان الجبر بعد الاستحقاق ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة نظرا الى
المقصود

لانه اعلق عتقه بالاداء الا انه حث على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان
عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ بان تقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتى لو طلقها بهذه الصفة كان بائنا
فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه
ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد فانه
ما يحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة اصلا
لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك المولى لانه قبل الاداء عبد وما في يده لمولاه اجيب بانه
لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحة اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالمؤدى
فيثبت هذا سابقا على الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب لا قبل الكتابة فانه يكون
احق بذلك المال حتى لو ادى ذلك عتق كذا في النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين
احدهما ان ثبوت معنى الكتابة هو المتنازع فيه فلا يتم اثباته والثاني ان حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي
صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب في الجواب ان يقال صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها
وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق اولى فيكون ملحقا بالكتابة
دلالة قوله فعلى هذا اي على العمل بالشبهين يدور المعنى الفقهي ويخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله
ان اديت الي الفا درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من كونه
من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى
المقصود عملنا بالشبهين بشبه التعليق في حالة الابتداء وبشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط
العوض فانها هبة ابتداء حتى لم يجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب
من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ولو ادى البعض يجبر على القبول لان الذي اتى به بعض
الجملة فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو استحسان
وما ذكره في مبسوط شيخ الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث انه عتق
بمال اداه الى المولى وانما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد اداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس
الا انه باداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى البعض الباقي لان
الشرط وجود الجميع فما لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط وكذلك
هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه منه سواء ابرأ من الكل او البعض
ولو ادى الفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق اما الرجوع عليه بالف اخرى مثلها فلان الالف
التي اداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود باداءه لان مقصوده ان يحثه على الاكتساب
ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلوجود شرط الحنث لا
ان كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان واداه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر
على المجلس وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر
ما ذكر بقوله لانه تخيير يعني تخيير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشية العبد اذا قال انت
حر ان شئت فان قيل قد تقدم انه يصير مأذونا في التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس اجيب

بان الاذن يكون في صورة اذا اديت او متى اديت فان الاداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز ان يقال لا منافاة بينهما
لجواز ان يكون ماذونا بالتجارة ويقتصر الاداء على المجلس بجهته فيؤدي المال قبل الافتراق بالايمان ومن قال
لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب بحقيقة الحرية الى ما
بعد الموت وكل ما هو كذلك يقتضي ان يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب فصار كما اذا قال
انت حر غدا بالف درهم لانه اضافة ايجاب بحقيقة الحرية الى زمان والقبول متاخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب
بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال على ما يجي
فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون
الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما لو اعتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال
يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان قيل لما لم يجب المال في المدبر على الالف فالفائدة في
تعليق التدبير بالقبول اجيب بانه بيان انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال
قوله قالوا يعني المشايخ لا يعتق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم
وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي لان الميت ليس باهل الاعتاق في ذلك الوقت
قال المص رح وهذا اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث صحيح بناء على انه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت والاهلية
الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط
والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة
الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق متعلقا بمطلق الموت وفي
مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما قال انت حر بعد موتي بشهر
بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل انت مدبر على الف درهم معناه
انت حر بعد موتي على الف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال
حتى يشترط القبول ايضا فيه اجيب بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان
يعتبر اللفظ والبين في قوله انت مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفي
مسئلة الكتاب اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال ومن اعتق عبده
على خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل العبد عتق فلو مات من
ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح وهو قول ابي حنيفة الاول عليه قيمة خدمته
اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا من العتق وكل ما جعل عوضا عن العتق
فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة اربع سنين
لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا اصلح صداقا فانه تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال
حيث قال تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات
العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية
او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي اي مسئلة بيع نفس العبد منه بجارية
بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت اذا استحقت معروفة في طريق الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر

وجه كل واحد من القولين ولا باس بذكر ذلك وجه قول محمد رح ان الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز
عن تسليم الخدمة فيوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب
تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا وفي جنبي المقابل
ان يقول هذا مناقض لما قال المص في اول الباب انه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب ان الاعتاق
على مال معاوضة مال بغير مال من وجه كما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح باي مال كان كما تقدم ومعاوضة
مال بمال من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فاذا مات العبد وقع العقد على الجارية يلزم قيمة العبد
على ما نذكره وانما المبني عليه فوجه محمد رح ان هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء
البدل وليس للبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته
كما اذا باعه عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية فيلزمه قيمة العبد قوله وكذا لو مات المولى
يعني ان موت المولى في هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله ومن قال
لآخر اعتق امتك على الف درهم علي لم يذكره في بعض النسخ على اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكره في بعضها
والمسئلة ظاهرة قوله وقد مر من قبل يعني في الخلع في مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق
ان الاجنبي في باب الطلاق كالمراة في عدم ثبوت شيء لها بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها
لا غير فكما جاز التزام المراة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم
يكن له قبل ذلك وكان المال في مقابلة ذلك وليس للاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له شيء اصلا فكان
اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز وقوله ولو قال اعتق امتك عني بالف درهم والمسئلة
بحالها اي قال على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة
اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله على ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه
شبهتان احديهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بالحصة من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد
لانه ادخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب
ان لا ينفذ العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية ان البيع اذا كان فاسدا يجب فيه العوض يجب قيمة
المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبده ومدبره وبين عبده و
غيره فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سياتي واجاب الامام شمس الائمة السرخسي رح عن الاولى بان
يشفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه يصير قابضا نفسها ادنى قبض وادنى القبض يكفي في البيع الفاسد كما
مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مدرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق
في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله فلو زوجت نفسها
منه يعني في المسئلتين لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وجملته ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو
ما اذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى اي حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما اصاب
مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

ذكر الاعتاق
الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحيوة ظاهر المناسبة والتدبير في اللغة هو النظر الى عاقبة الامر
وفي الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله لعبده انت مدبر او انت حر

اوّلا كقوله اذا مت فانت حر او انت حر مع موتي او في موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بعتك
او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكفاية فان مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج
منه عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما
في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء راس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بلا خلاف
ولان التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصى برقبته
لانسان ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر رضه
ولانه اي التدبير سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم اما ان يكون سببا
في الحال او بعد الموت لا جائز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تاخير السببية اليه فلا ترى في
الحال موجود وبعد الموت معدوم لكونه كلاما عرضا لا يبقى فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض على المص
بان هذا الكلام مناقض لما ذكره في باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت واقول يجوز
ثم جعله سببا في الحال ولي يدل على ان جعله سببا في الحال وان كان المذهب عند اصحابنا رحمهم الله ليس بمتعين بحيث
ما ذكره هناك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد
الموت او اختاره اجتهاده وجعل مذهب الاصحاب اولى فان قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق
شيء من السبب ثابتا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قوله
الشافعي كما في سائر التعليقات اجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم في تلك
الشرط وامثاله في كلام المص غموضا لا يكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلا بد منها فنقول المانع هو
ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم واذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي ان يكون
سائر التعليقات اسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون نفس التعليق يمينا قائم ثمه
لان اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط وما كان مانعا
عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق والعتاق واليه اشار
بقوله وانه يمنع وقوع الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل لامرأته ان دخلت
الدار فانت طالق وقد نص في الكتب ان اليمين يعقد للحمل او المنع فكيف قال والمنع هو المقصود وانه
ينفي الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود
المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين او ليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام المانع
على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات اذ السائر يعني الباقي قلت ليس بيمين
لتعليق عتقه بامر كائن بخلاف سائر التعليقات بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين اخص من التعليق ورد
عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كائن وليس بسبب في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق قوله ولا يمكن
تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه ان التدبير
لا يمكن فيه تاخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء اهلية الايجاب وفي سائر التعليقات تاخير
السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند
وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب ان قيام الاهلية

بشرط عند وجود الشرط فانه لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الاهلية كما ذكرتم في صورة المجنون واما اذا
كان فلانه ان الاهلية اذ ذاك غير شرط قوله ولانه وصية والوصية خلافة في الحال فرق آخر بينهما وتقريره
التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته
كالوارث فانها سبب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل
لا تجوز وكان يجوز قبلها او بعد بطلان البيع لان الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية
وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا ان ذلك في وصية لم يكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير
ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح في وصية
من قبيل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك قوله وابطال السبب لا يجوز تتمة الدليل
متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه الصفة وتركيبا لمقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية
وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة ذلك اي ابطال سبب الحرية فلا يجوز
قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره لان التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية
فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر وان كان كذلك فللمولى ان يستخدمه
ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فاذا مات المولى
عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا يعني من حديث ابن عمر رضه وهي قوله عليه السلام وهو حر من الثلث ولان التدبير
وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية الا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لانه
يثبت استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي قيمته
وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد
قيمته قوله وولد المدبرة مدبر هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح
لان ولد المدبر اما ان يكون من امته او غيرها فالاول رقيق لمولاها والثاني يتبع الام في التدبير والكتابة
وغيرهما دون الاب واما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم روى رفعهم الى
عثمان رضه في اولاد مدبرة فقضى بان ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها
لا يباع وكان بحضرة الصحابة ولم ينقل عن احد خلاف قوله فان علق التدبير بموته على صفة بيان المدبر المقيد وهو ان
يعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز
بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفات فيما يرجع من ذلك السفر وبرأ من ذلك
المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستدعي ها هنا
وجهان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت ان صفة كونه يمينا تمنع عن السببية
واما اذا كان امرا كائنا لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي
اي وقت ينعقد ان انعقد بعد الموت فليس بحال لاهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه
موقوف فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء
من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة وان عاش بطل التدبير ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر
سنين لما ذكرنا يعني قوله لتردد في تلك الصفات بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب

لا ذكرنا لكان الاحتمال وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث في نوادره لو ان رجلا قال
لعبده انت حر الى مائتي سنة قال ابو يوسف رح هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم انه
لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان مت فانت حر ثم لو مات قبل السنة في الاول او قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو
مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد في المدبر المقيد

باب الاستيلاد

لما فرغ
عن بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد وعقبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد
طلب الولد لغة من الاسماء الغالبة كالتصغير في الصفات الغالبة اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له
لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها لقوله عليه السلام لما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله عليه السلام وقيل له الا تعتقها
اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع لان الحديث وان دل على تنجز الحرية لكن قام دليله
ما روي عن ابن عباس رضه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما
جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجز بالحديث الثاني ولا يقال ان محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا يرفع الا بيقين
مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق ونقول
ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما
على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت الجزئية
معتبرة لتنجز العتق لان الحرية توجبه ولسلم قائلين به اجاب بقوله الا ان بعد الانفصال يعني ان الولد انما يعتبر
بعد الانفصال وبعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت
فتعاضد المنقول بالمعقول في اثبات حكم مؤجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية
فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكه امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك اجاب
بقوله وبقاء الجزئية حكما ومعناه ان بقاء الجزئية حكما باعتبار ثبات النسب والاصل فيه ثبات النسب هو الاب
لان الولد ينسب اليه والام ايضا بواسطة الولد يقال ام ولد فلان فكذلك في الحرية فيثبت في حقهم لا في حق غيره
قوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت ام ولد
له لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع ما لا يتجزى وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل قد ذكر في باب العبد يعتق
بعضه والاستيلاد يتجزى عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الى آخره فما وجه التوفيق بين كلاميه
اجيب بان معنى قوله لا يتجزى يتملك صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الى آخره فما وجه
التوفيق بين كلاميه فيحمل الاستيلاد على ما يجيء بعد هذا في الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد
لان الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاد فانه
في المستولد المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصرا على نصيبه فيتجزى الاستيلاد منه وعلى هذا
فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال ويحتمل ان يكون فيه روايتان عن ابي حنيفة
وذلك لانه جعل الاستيلاد مقيسا عليه في انه لا يتجزى فكان مجمعا عليه ثم اجاب عنه ابو حنيفة رح بانه متجز
عنده في ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا في النهاية قوله وله وطؤها واستخدامها و
اجارتها وتزويجها قد ذكرنا ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها وكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز
له وطؤها واستخدامها ويؤاجرها ويزوجها قبل ان يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك

يمنع

يمنع جواز النكاح كما في المعتدة اجيب بان محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطئ وقد وقع الشك في زوالها
فلا يرتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا يعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك
بعد العدة قوله ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامة رجوعا الى ما ابتدأ به اول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها
لما ان ولادة الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجيء في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم
المدبرة كحكم الامة في انه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى قوله الا ان يعترف به اي بالولد ولا اعتراف بالوطئ
غير ملزم وقالا ان حصنها يثبت منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد اي بالنكاح الذي هو مفض الى الوطئ
فلان يثبت به وهو اكثر افضاء اولى ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه
اي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنه ونقصان القيمة عندهما او عدم نجابة اولاد الاماء عندهم فلا بد من
الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا
منه فلا حاجة الى الدعوة لايجاب النسب اعتبارا بالجزئية اوجبها وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك
لانا نقول لو كان ذلك معادة لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع
لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطئ الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها وان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه
من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا
كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله من غير لعان ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول المدة فاما بعد قضاء
القاضي فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة
من قبول التهنئة ونحو ذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان قوله لان
فراشها ضعيف واضح قوله وهذا الذي ذكرنا اي عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوى حكم قضاء القاضي
فاما الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد
بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا قوله لانه هو الظاهر وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم
العزل فيقابله اي يقابل هذا الظاهر آخر وهو العزل وترك التحصين قوله وفيه روايتان اخريان في بعض النسخ
اخريان وليس بصحيح قوله عن ابي يوسف وعن محمد قيل فائدة تكرار عن رفع وهم من توهم ان الروايتين
عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية الآخر فاما رواية ابي يوسف رح انه اذا
وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها
تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه واما رواية محمد رح انه لا ينبغي له ان يدعيه
اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس
منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال
ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة رح هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر ان الولد منه فيلزمه
ان يدعي وان لم يحصن او عزل فقد دفع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك فان زوجها فجاءت بولد فهو في
حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح
وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حكم الاحكام ومن الاحكام ثبوت
النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد قوله

ولو ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره
ويعتق الولد وتصير ام ولد له لاقراره وانما فسرنا الكلام بذلك ليستقيم قوله وتصير ام ولد له لانه لو لم تزوج
الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم قوله وتصير ام ولد له هكذا نقل عن فوايد مولانا حميد الدين الضرير
فان قيل ينبغي ان لا تصير ام ولد للمولى لان امية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت
الاصل منه كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته وان كان ذلك الاقرار في محل
ثم لم يثبت ذلك الشيء لمصادفته اقرارا المولى في محله وهو الملك وبهذا الاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من
المولى بعلوق سبق النكاح او شبهة بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من
الزوج واستغنائه عن النسب فبقي معتبرا في حق الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد قال واذا
مات المولى عتقت من جميع المال واذا مات المولى عتقت من جميع المال سواء كان زوجها او لا لما رواه محمد بن الحسن
من حديث سعيد بن المسيب ان النبي عم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث
ومعنى قوله امر يحكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما نكر الدين نفيا للسعاية للغرماء
والورثة ولا يجعلن من الثلث تاكيد له لانه نهم ذلك من قوله وان لا يبعن في دين ولان الحاجة الى الولد اصلية
لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما انه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوايج الاصلية تقدم على
حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوايد الحوايج قوله ولا سعاية
عليها اي على ام الولد في دين المولى للغرماء لما بينا ان الحاجة الى الولد اصلية الى اخره وفي بعض النسخ لما
روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك انه لما قال ولا يبعن دل على انتفاء المالية واذا عدمت
ماليتها لم يبق عليها سعاية قوله ولانها يعني ام الولد ليست بمال متقوم حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها
الغاصب عند ابي حنيفة رح لان ماليتها غير متقومة وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص فانه
من له القصاص اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا
ديونهم بمقابلة ما وجب عليه من القصاص من ديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته
شيئا متقوما وكذا اذا قتل المديون تحصنا لا تقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص
وكذا اذا قتل رجل حيوانا والمديون قد عفى لا تقدر الغرماء على منع المديون عن العفو واذا اسلمت ام ولد لكن
فعليها ان تسعى في قيمتها وهي تخرج فيها قيمة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية
عند ابي حنيفة رح مع ان مالية ام الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية بدل
ما ذهب من ماليتها ولو مالية ام الولد معتقد الذمي متقومة فيترك وما يعتقد جوابا عن هذا الاشكال
وقوله ولانها يعني مالية ام الولد ان لم يكن متقومة فهي محترمة وهذا اي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان جواب
آخر لذلك الاشكال واعترض عليه بان الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب ام الولد
بان مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم
وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله قوله كما في القصاص المشترك يعني اذا كان القصاص
مشتركا بين جماعة وعفى احدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون
موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو احدهم ولو مات مولاها وهو نصراني عتقت بلا سعاية

لانها ام ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد في الرق لانها لو ردت فيه اعيدت مكاتبة لقيام الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاها قوله
واما استولدها صورة المسئلة ظاهرة وتقرير وجهان فتى هذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت بحر لان الاستيلاد ولدلي علقت
منه لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة اي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل في صفة
النزاع ليس كذلك لان الام بقيت قنة لو لا ما في تلك الحالة فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل قوله كما اذا علقت من
الزنا وملكها الزاني فانها لا تكون ام ولد له لكون العلوق ليس حرا او لا ما قيل فيه كلامه تسامح لان قوله هذا يدل على ان علة الاستيلاد
كون العلوق حرا ولهذا لا يثبت اذا علقت من الزنا قوله وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل
على ان علتها العلقة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان الاولى العلة هو علوق الولد حرا عنده
ليس الا وفي صورة الزنا انما لم تثبت امومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان الزنى في تلك الحالة ملك مولاها ولو
ان سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل في اول الباب حيث قال ولان الجزئية قد
حصلت بين الواطي والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح فيثبت
الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية يثبت امومية الولد قوله بخلاف الزنا جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لا
لانه لا نسبة فيه اي في الزنا للولد الى الزاني فلا يثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا يثبت امومية الولد
فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فعلام يعتق الولد عليه من الزنا اذا ملكه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني
اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسب الولد والنسبة من الزاني
منقطعة فكان امومية الولد بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه اي الاخ ينسب اليه بواسطة
نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا
لان النسبة بينهما ثابتة قوله واذا وطئ جارية ابنه ظاهر قال واذا كانت الجارية بين الشريكين هذه المسئلة
قد مر ذكرها في اول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هنالك من حيث ان الاستيلاد يخرج
الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكر ههنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما اريد بعدم تجزي الاستيلاد
المذكور هنالك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه
عليه قوله فادعاه احدهما لا تفرقة في ذلك بين الصحة والمرض قوله لانه لما ثبت النسب منه في نصفه الى آخره يرد عليه
القلب وهو ان يقال لما لم يثبت النسب منه في نصف الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي في حقه وجوابه انه
لا يتجزى الى آخر ما ذكره في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا الا ترى انه يسقط الحد عنه
بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة قوله فيتملك الملك في نصيب صاحبه قال في النهاية
بناء على اختيار بعض المشايخ وانما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما عرف في اصول الفقه وانما يجوز
ان يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي لا الزماني ومع ذلك يكون واردا على الاصح من المذهب قوله بخلاف الاب اذا
استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه وهذه التفرقة بين الشريك والاب ذكر من حيث
ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفي للاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد
فيكون الوطئ واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن له ملك
في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد في ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطئ في ملكه والوطئ
فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا نصف مهر مثلها هكذا في مبسوط شمس الائمة السرخسي

في المبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدرنا فسقناه جزء من المراة لو كان الاستيجار للزنا حلالا قوله فلم يتعلق منه شيء
على ملك الشريك لانه كالعلوق المعلق حر الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وانه يمنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من جميع فيثبت
النسب وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما قال المص رح معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل
على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهي ام ولده والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا وقال
الشافعي رح يرجع الى قول القافة وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتتبع آثار الآباء في الابناء
من قاف اثره اذا اتبعه والقيافة في بني مدلج منهم المجزز لان اثبات النسب من غير شخص مع علمنا ان الولد لا يتخلق
من ماءين اي من ماء رجلين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة رض واساريره تبرق من السرور فقال الم تعلمي ان مجززا المدلجي مر باسامة
وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا وجوههما وارجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه
باطلا لما جاز اظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار ولنا كتاب عمر رض الى شريح رح في هذه الحادثة لبسا فلبس
عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما اي الولد يكون للاب الباقي من الابوين اللذين كانا
ادعياه اذا مات احدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحي دون ان يكون نصفه لورثة الاب الميت وقوله وكان بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم يرعم بد ابرازه فهو المجمع عليه قوله في سبب الاستحقاق يعني الملك وقيل الدعوة قوله احكام متجزئة
يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة في
حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره وقوله الا اذا
كان احد الشريكين استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا قوله وسعد النبي عليه السلام جواب عن
قوله وقد سر رسول الله عليه السلام واختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابو حنيفة رح ونفاه ابو يوسف
وجوزه محمد رح الى الثلث قال ابو يوسف رح ثبت على خلاف القياس بقضية عمر رض فلا يتعداه وقال محمد الثلثة
قريب من اثنين وقال ابو حنيفة رح سبب الحكم الملك والدعوة وقد وجد وقوله فتخدم نصيبه منها الام ولدها تبعا الولد
يعني تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعل قبل هذا لانه لا تاثير للاستيلاد في ابطال ملك الخدمة واذا مات احدهما
عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضى منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول
ابي حنيفة رح ويسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو اعتقها احدهما حال حيوته عتقت ولا ضمان على المعتق
لشريكه ولا سعاية في قول ابي حنيفة رح وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرا وتسعى
في نصف قيمتها ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر بفتح اللام اي بالذي له
قوله كما اذا اقاما البينة يعني اذا اقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركا على السوآء فكذلك ههنا واذا
اقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما
ان يصدقه المكاتب اولا فان صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب عند
وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب
كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب ووجه الظاهر وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت
فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه
لحجره على نفسه ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه والاب يملك تملكه

ابتداء لانه لم يحجر على نفسه فلا يعتبر تصديقه وانما لا يصير الجارية ام ولد وان صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له
في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا ترى انه لا ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة الى التملك وليس للاب
في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا على
الوطي فانه ملكه وولدت وكانت ام ولده وحق له وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك
لا يتقدم الوطي لان ما له من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطي واقعا في غير الملك وهو يستلزم
الحد او العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني وقوله لما ذكرنا اي ذكر الحق الذي للمولى على المكاتب
في كتاب المكاتب قيل فيه كلام المص نظر لانه قال بما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد
جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين
بقوله ولا يصير الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم يصر الجارية ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاد والجواب
ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونها ام ولد فكان المراد بقوله لصحة
الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المص رح اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين
تناقض وقوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها قوله وهو انه قيل اي الولد يعني ان الولد حصل له
من كسب كسبه فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية
كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في ربه يعود الى الولد فيكون قوله كما في ولد
المغرور نظرا وحق الكلام كما في المغرور ويريد دون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم
الملك فيها حقيقة والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه
ومع ذلك لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة
فتصير كانه ام ولد المغرور قوله وان كذبه معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله ولو ملكه يعني ولد
الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر يثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد
وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من
الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملك يوما يثبت نسبه منه
لان حق الملك له في الحال كان مثبتا للنسب منه لصحة الدعوة الا ان معارضة المكاتب اياه بالتكذيب
امتنع صحة دعوته وقد زال بعد هذه المعارضة حين ملك والله اعلم بالحكم

كتاب الايمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب الى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر
الايمان عقيب العتاق لمناسبتهما في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة القوة قال الله
تعالى لاخذنا منه باليمين وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وشرطها كون الحالف
مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر فيه
والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب البر لان من الايمان ما يجب الحنث فيه على ما سياتي والايمان على
ثلثة اضرب لان اليمين بالله اما ان يكون فيها مؤاخذة اولا فان كانت فاما ان يكون دنيوية وهي المنعقدة
او اخروية وهي الغموس وان لم يكن فهي اللغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر المص
ليس بشرط بل هو بناء على الغالب الا يرى انه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم انه ليس لزيد كان غموسا

اليمين بانه يغمس صاحبها في الاثم لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا الاثم ما كان كذلك واسمه يدل على
انه ما سمي غموسا الا لانه يغمس صاحبها في الاثم ثم في النار وقال شمس الائمة اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان
اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة
اليمين كما سمي النبي عليه السلام بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي
ذكرناه لم يتناوله ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لان الكفارة شرعت
لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله كاذبا ولا بدّ من رفعه وذلك بالكفارة
كما في المعقودة وقلنا انها اي اليمين الغموس كبيرة محضة لقوله عليه السلام خمس من الكباير لا كفارة فيها وذكر منها
الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة لما ان اسباب العبادات لا بد وان يكون امورا مباحة
كما عرف في الاصول والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا يناط الغموس بها بخلاف
المعقودة لانها مباحة فجاز ان يناط بها العبادة وفيه بحث من اوجه الاول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجب
الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالي والثاني لما وجبت بالادنى
وجبت بالاعلى بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة واتباعها اياها مباح لها لقوله عليه السلام
اتبع السيئة الحسنة تمحها وهذان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم يجب بالظهار بل بالعود
الذي هو العزم على الوطى وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشي رفع الاقوى به
وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المطلوب
خلاف المقابلة لقوله عليه السلام خمس من الكباير لا كفارة فيهن الحديث قوله ولو كان فيها ذنب جواب عما
يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا يكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم
وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب هتك حرمة اسم الله فهو متاخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدا لم
يتخلل السببية وبينهما عند الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيه لازم لا ينفك عنه لا ابتداء ولا انتهاء
فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه
المعقودة والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل وكلامه ظاهر **وقوله** الا انه علقه بالرجاء اشارة
الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو ان لا يؤاخذ
الله تعالى بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم
ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها وذلك
غير معلوم بالنص وما ذكره في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن ابي اوفى وعن ابن عباس في احدى
الروايتين وروي عن محمد انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي
فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي او في المستقبل وهو احدى الروايتين
عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في التفسير اللغو لا والله وبلى والله
وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفايدة والخبر الماضي خال عن فايدة
اليمين لان فايدتها المنع او الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغوا واما في الخبر المستقبل فعدم القصد
لا يعدم فايدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء ولقائل ان يقول في حصر الايمان على

الثلثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لان قول الرجل والله ان القايم الان في حال قيامه مثلا يمين وليس من الغموس
المذكور في الكتاب على التفسير المذكور ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا
قسم وهو جملة انشائية اكدت بها جملة اخرى والقاصد في اليمين والمكره والناسي وهو ان يتلفظ عن التلفظ باليمين
ثم تذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطي مكان الناسي وهو ان يريد ان يسبح فلا
يجري على لسانه اليمين سواء حتى يجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق
واليمين فان قلت اليمين عقد يعتمد بها عزم الحالف على الفعل او الترك وهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون
الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع
عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه الحديث لانه محتمل ونفي اليمين مفسر قوله وان فعل المحلوف
في ذلك يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف
عليه ناسيا او مكرها فهو سواء اي ومن فعله مختارا سواء في ترتب الحكم عليه لان شرط الحنث وجود الفعل
حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود
الفعل المحنث **وقوله** ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه
والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة دابر
مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث
الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشترى من امرأة
ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا في
الاصل فيدار عليه وان لم يتصور في بعض الصور كما ذكرت في شغل الرحم والمدلول وهو الذنب في صورة الغموس
عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول باب ما يكون
يمينا وما لا يكون يمينا لما فرغ من بيان نوعي الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا
يكون يمينا واليمين بالله اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفات ذاته التي
يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه واليمين بالله اي بهذا الاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة
كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسماء دالة عليها كالرحمة والعلم والعزة
والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده او لا والثاني صفة الذات كالعزة
والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب
على اليهود دون المسلمين ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس
بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه القياس ولكنه ترك لجيئه بمعنى المعلوم ومشايخ ما
وراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوا الحلف بها ليس بيمين وهو المختار
المصنف يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها متعارف **وقوله** ومعنى اليمين وهو القوة الى آخره
ذكره استظهارا لانه لما بني الايمان على العرف كان وجوده مغنيا عن النظر الى غيره قوله الا قوله وعلم الله
مستثنى من قوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناء من
العرف منقطعا والكلام في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل

في آخره كونه للاستقبال ونحن العراقيون يحتاجون الى ذكر معذرة عن وجوده على اصلهم كما تقدم قوله ولو
الرحمة فقد بيّناه انه استغني بقدرة الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة الله والمراد اثره والا لكان يمضي
المقدور لكون القدرة غير مرئية فيكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف
الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله متعارف وبعلمه وبرحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال بعض
وامانة الله يمين ثم لما سئل عن معناها قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلف بامانة الله عادة فجعله يمينا كما
قال والله الامير ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله عليه السلام من
كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر روى مالك رح في الموطأ عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ادرك عمر بن الخطاب وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا
بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال العبد الضعيف اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري
منهما اي من النبي والقرآن كفر ولقائل ان يقول سلمنا ان التبري منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن
كونه كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها الا ترى انه لو قال يعلم الله لا فعلن كذا واعتقد ان التبري واجب كفر وليس
بيمين والجواب سيجيء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني قال والحلف بحروف القسم الحلف
بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا او مضمرا وبحث حروف القسم وكون الباء اصلا وغيرها بدلا وجواز اضمارها
الجر والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون او الجر على ما اختاره الكوفيون كلها وظيفة نحوية في الاصل
والاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل الى هذا الاشتغال بكتاب الطلاق
لابد وان يكون قد خلف ذلك وراءه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمرجع
ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التحليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز ان يقال اطلق الاضمار باعتبار النظر
الى الجر والحذف بالنظر الى النصب وقوله وكذا اذا قال الله في المختار احترازا عما روي عن ابي حنيفة رح انه
لو قال الله على ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين
ولا اثر لتغير الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب
وقوله قال ابو حنيفة رح ظاهر قوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد الفرق بين والحق وحقا بان المعرف
اسم من اسماء الله تعالى قال الله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر
فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن
اليمين ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله ظاهر واعترض بان اليمين ما كان حاملا على فعل
شيء او تركه موجبا للبر وعند فوته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله اقسم لا يكون موجبا
من البر شيئا لمجرده ولانه لم يعقد يمينه على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون لستر
الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله وليس في اقسم مجردا هتك اسم الله فكيف يكون هو موجبا
للكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل مضارع فكما يكون هو للحال كذلك يكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة
من حيث انها للحال لم يجب من حيث انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا يجب بالشك لا سيما في حق الكفارة
فانها الحقت بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود واجيب بانه الحق بقوله على يمين وهو يوجب
الكفارة ذكر في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة على للايجاب واليمين لا يوصف بالوجوب وانما يوجبه

بوصف بذلك وموجب البر وهو غير ممكن ههنا او خلفه وهي الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن
الالغاء وكذلك قوله اقسم اخبار عن القسم في الحال وانه قسم لانه عبارة عن جملة انشائية تؤكد بها جملة اخرى كما تقدم
ولم يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافة كذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج
الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصوير هتك اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه
قال على يمين او اقسم ولم يزد على ذلك اما اذا قال اقسم لا فعلن كذا او على يمين ان افعل كذا لا يصح اقرارا ويجوز
ان يقال قد تقدم ان اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وهو موجود والعادة قد جرت باليمين
به قال الله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقال واقسموا بالله جهد ايمانهم وقال يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وكما جاز ان يكون حرف القسم مضمرا جاز ان يكون المقسم به ايضا كذلك
وهو حجة على زفر رح في عدم جوازه بدون ذكر الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل لا يحتاج اليها
وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله قال وكذا قوله لعمر الله وهذا معطوف على اصل
المسئلة وهو قوله اقسم الى آخره والعمر بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم قال في
المبسوط لعمر الله قسم باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكانه
قال والله الباقي وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة
ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية وقوله وحلف
بالقطعي يريد قوله لعمر الله وايم الله متعارف يحلف بها في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يمينا قوله
وكذا عهد الله وميثاقه ظاهر ومن قال علي نذر او نذر الله ان لا افعل كذا كان يمينا لقوله عليه السلام من نذر
نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او كافر او مجوسي كان يمينا لانه
لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم
الحلال وهذا جواب عمن قال انا بريء من الكعبة او النبي فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة
عن ذلك واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو الموعود فيما تقدم وقد روي
عن محمد رح انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد
من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حيث ذكر الشرط مرة واحدة وقوله ولو قال ذلك لشيء
فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب فهو
الغموس فلا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو حلف على امر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر فكذلك
كذلك في الماضي وقيل وهو قول محمد بن مقاتل رح يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز
فكانه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه ان كان عالما يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل
وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر
فقد رضي بالكفر قوله لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقة
فانهما لا يحتملان النسخ وذلك لان الفعل المقصود بالزنا والفعل المقصود بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا لو وجد
النكاح وملك اليمين فمعنى احتمال النسخ فيهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا واما الخمر والربا فيحتملان
النسخ اما الخمر فظاهر فانها كانت حلالا ثم انتسخ واما الربا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حق الامة

يرى انه يحنث وانا لحربب وانى استقى كلام المصنف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله فسخا متعلق بشرب الخمر واكل
الربوا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل كما ذكر وهذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية
اعادة والاولى اولى فاذا كان كذلك لم يكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله لان حرمته لا تحتمل حال
تحقق اليمين بذكر هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة لكن هو موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم
تشرع للكفارة بل ينقلب موجبا لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب احد الاشياء على التخيير
او واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وحمل الشافعي المطلق على المقيد على اصله من مذهبه وغير ذلك
مقرر في التقرير فليطلب ثمه وقوله وهو الصحيح احتراز عما روى في نوادر ابن سماعة عن محمد وفي رواية اخرى ان
اعطى السراويل للمرأة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري بقدر ما يجوز به الصلوة لان ستر العورة
فرض لا يجوز الصلوة بدونه اما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل او للتدفي فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا
يؤاخذ عليه الادام في الطعام قوله لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى
كل مسكين نصف ثوب لم يجز من الكسوة لان الاكتساء لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف
ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا
منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجز عن الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه عن الطعام وهل يشترط النية
اولا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية يجزيه نوى ان يكون بدلا عن الطعام او لم ينو وعن ابي يوسف انه اذا نوى
ان يكون بدلا عن الطعام يجزيه وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي
يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف
الى اسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية
ولا جناية هٰهنا لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث وقوله واليمين ليست بسبب جواب عن قوله لانه اداها بعد
السبب وهو اليمين ووجهه ان السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث
وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح فانه مفض الى الموت
قوله ثم لا يسترد من المسكين قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل
الحنث لكن لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فحصل الثاني
فيكون نفلا وقعت صدقة ولا يرجع منها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا
ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي
هو خير ثم ليكفر عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم
عليه وهو قوله لا افعلن او لا افعل فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال به نظر لانه قال ورأى
غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي ان يرى
ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله ولان فيما قلنا يعني اداء الكفارة بعد الحنث
تفويت البر الى جابر وهو الكفارة لما ان الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فجعل
الكفارة جابرة ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلنا اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي لان الحنث

لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقالت
في بعض الشروح ولان فيما قلنا اي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر وهو الكفارة
والفوات الى جابر كلا فوات فلم تكن المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر
وهو ترك الصلوة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية
ثابتة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف الكافر
ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي يكفر بالمال لان اليمين
تعقد للبر وهو من اهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى وهو يعتقد ذلك وكان
اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولنا انه ليس باهل لليمين لانها تعقد
لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما اذ الكفر اهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم ولا هو اهل
للكفارة لانها عبادة بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول
او الاقرار والكفر لا ينافي ذلك قال ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه
مثل ان يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصر محرما لعينه وعليه ان استباحه اي ان فعل شيئا
مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع
وقلب المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ ينبئ عن
اثبات الحرمة فاما ان يثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم او لغيرها باثبات موجب
اليمين وفيه اعمال اللفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع
ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه ان استباحه تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل فيما كان
فيه تحريم قوله لم يصر محرما نافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه وقوله ان استباحه اشارة
الى الحرمة لغيره وعورض بان اليمين اما بان يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من اسماء الله تعالى او صفة
من صفاته كما تقدم او بان يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجيب بسقوطها
بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك في تحريم العسل او تحريم مارية اطلق
الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والنبي لا يعاد من النصوص السمعية ولو قال كل حل علي
حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لان قوله هذا في قوة
ان يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث وهو قول زفر
وجه الاستحسان ان اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع ان لا يتنفس ولا
يفتح العينين فعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى اخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف
فان العادة جارية باستعماله في المتناولات واذا لم يكن العموم مرادا لا يتناول المرأة الا بالنية واذا نواها
كان ايلاء لما بينا ان هذا الكلام يمين فيكون معناه والله لا اقربك وهو من صور الايلاء وهذا جواب
ظاهر الرواية ومشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر وبعض مشايخ سمرقند
قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى قوله وكذا ينبغي ظاهره ولم يذكر انه لو قال
هرچه بدست چپ گیرم بروی حرام فقیل لا یقع به الطلاق وان نوى ولو قال هرچه بدست گیرم كا

طلاقا قيل يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان قال لله علي صوم سنة
ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط سوآء كان
شرطا اراد كونه او لم يرد فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا يخرج بكفارة اليمين لاطلاق الحديث فانه لم
يفصل بين كون النذر مطلقا او معلقا بشرط ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود الشرط
لم يجزه الكفارة فكذا ههنا وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه اي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى التخيير
بين كفارة اليمين وبين الوفاء بنذرت وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم شهر او صدقة ما املكه
اجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا حتى لو كان معسرا كان
مخيرا بين ان يصوم ثلثة ايام وان يصوم شهرا وهذا مروي عن ابي حنيفة رح في النوادر ووجهه ما روي في
السنن مسندا الى عقبة بن عامر رض ان رسول الله صلعم قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا هذا اذا كان
شرطا لا يريد كونه لان بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملوا الحديث الاول على النذر المرسل وعلى مقيد اراد
الحالف كونه والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعا بين الاثار والمعنى الفقهي فيه ذلك ان في الشرط الذي لا
يريد كونه كلاما يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا اما النذر فظاهر واما معنى اليمين فلانه قصد به المنع
عن ايجاد الشرط فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار
معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا اذن مولاه بالجمعة فانه يتخير بين اداء الجمعة ركعتين وبين اداء الظهر
اربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة
واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام
معنى اليمين فيه وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المص رح وهذا التفصيل اي التفصيل الذي
ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وفيه نظر لانه ان اراد صحته فيه من حيث الرواية
فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان اراد صحتها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من
حيث حمل احدهما على المرسل والاخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريد على ان فيما ذهب اليه ابطال
المقصود في الذهاب الى ظاهر الرواية ومن حلف على يمين اي على مقسم عليه من فعل او ترك وقال ان شاء الله
متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود
وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقوله عليه السلام فقد بر في يمينه معناه لا يحنث ابدا لعدم انعقاد اليمين
وقوله الا انه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه لانه بعد الفراغ رجوع فلا رجوع في اليمين فان
قلت هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل قلت الدلايل الدالة من
النصوص وغيرها على لزوم العقود وهي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج
العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من ان يكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق
تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة وما روي عن ابن عباس رض من جواز الاستثناء
منفصلا وفيه ما ذكرنا باب اليمين في الدخول والسكنى لما كان انعقاد
اليمين على فعل شيء او تركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة في اليمين وقد ذكرها في ابواب وقدم الدخول
والسكنى على غيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان اول ما يحتاج اليه الانسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده

مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الافعال من الاكل وغيره واليه وقعت الاشارة في قوله تعالى يا
ايها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الآية
والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار ويتبناه
وقوله ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة متعبد النصارى او الكنيسة متعبد اليهود لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة
وهذه البقاع ما بنيت لها اعترض عليه ان الله تعالى سمى الكعبة بيتا قال ان اول بيت وضع للناس وسمى
المساجد بيوتا بقوله في بيوت اذن الله واجيب بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القرآن الا ترى
ان الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناوله واستشكل بما قال في الفوايد
الظهيرية اذا حلف ان لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجيء الجواب ان شاء الله تعالى وكذا اذا
دخل دهليزا او ظلة باب الدار قال في المغرب ظلة الدار هي السدة التي فوق الباب وقول المص يكون على
الباب اي باب الدار الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا يطلق عليه اسم البيت لعدم
البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان منفذه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت لانه
ليس من جملة بيته وقوله وقيل اذا كان الدهليز ظاهرا وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في
بعض الاوقات صيفا كالشتوي والصيفي الذي يبنى للبيتوتة فيه شتاء او صيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة
ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم اي صفاف اهل الكوفة ذكر عن ابي حازم القاضي انه قال هذا اشكل
علي حتى دخلت الكوفة فرأيت صفافهم مبنية فعلمت ان الايمان وضعها على عادتهم قيل الجواب يجري على اطلاقه
يعني سواء كانت ذات حوائط اربعة او ثلثة هو الصحيح دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله
من جانب واحد بني للبيتوتة وهذا المعنى موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع فيتناولها اسم البيت
ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت فصارت
صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب
بذلك فمنها ما قال لبيد عفت الديار محلها فمقامها بمنى تأبد غولها فرجامها عفا يعفو لازم ومتعد
وههنا لازم تأبد المنزل اي اقفر والفته الوحوش والغول والرجام موضعان تقول عفت ديار الاحباب
ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية
وقال النابغة الدار دار وان زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم وهذا لان قوله لهذا
وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر لما ذكر في الاصول ان المحلوف عليه لا بد وان يكون
معلوما فاذا كانت مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى المعرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى
الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع المشتراة للموكل اذا
وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلو اما ان يكون
داخلا في المسمى او لم يكن فان كان داخلا وجب اختلاف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة وان لم يكن
داخلا وجب ان لا يختلف الحال ايضا في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد يمينه برجل قائم او الى
غير ذلك من الصفات الخارجية عنه وهذه معارضة واجيب عن الاول بان الدار في الوكالة تعرف بوجه لان التوكيل
بشرائها انما يصح ببيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا بد من صحة انعقادها فكان انعقاد اليمين

بلا صفة وعن الثاني بان البناء صفة متعينة للدار فجاز ان يكون مراداً بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التراجم
في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والقناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها تمتنع ارادتها
عادة وليس البعض اولى من البعض في الارادة فيمتنع الارادة اصلا كذا في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية
ورد بان البناء صفة والخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع
واقول في جواب المعارضة المذكورة من التقسيم غير حاصر لجواز ان يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى
التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه ولو حلف لا يدخل الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث
لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض
اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما يسمى دارا ولم يبق
قوله وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام ظاهر قال وان حلف لا يدخل هذا البيت فان حلف لا
يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت
الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية في بيوت منهدمة السقوف
ولان البيتوتة فيه فكان السقف وصفا فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام لانه
صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا في البيت المحلوف عليه
فلا يحنث كذا في الشروح ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بالصعود اليه من خارج حنث
لان السطح من الدار لان الدار عبارة عما احاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها الا ترى ان المعتكف
لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن ان السقف من
البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لا يحنث
في عرفنا قال الفقيه ابو الليث في النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا
يعرفون ذلك دخولا في الدار وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ذكره القدوري مطلقا قال المصنف ويجب ان
يكون على التفصيل الذي تقدم يعني به قوله انه لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف قوله وان وقف في طاق
الباب ظاهر وقوله وجه الاستحسان تقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام
والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال بدل الانفصال
اولى لكونه حركة اينية نسبة فعلية ولو حلف لا يلبس هذا الثوب ظاهر وقوله فيه قياس وقوله استحسان وحاصل
كلامه ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التأقيت وعدمه
فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد
الذكرى مع القوم الظالمين اي فلا تمكث قاعدا لانه عليه السلام كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال
لها كلما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول منها طلقت وان مكثت مثلها طلقت اخرى لان للدوام
حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلي ان اتصدق
بدرهم فركبت دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان
الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا وهاهنا فلما في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت
اليمين لزمه في كل ما تمكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت

اخر

احترازا عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله ولو نوى الابتداء
الخالص يصدق لانه نوى محتمل كلامه تسمية محتملا وان كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيما اذا لم
يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار يعني وهو شاغل
بدليل قوله فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن شاغلا بل هو ممن يعوله فيه فخرج بنفسه لم
يحنث والشاغل اذا حلف فاما ان حلف على الدار او المصر او القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه
وان كان الثاني يكتفي بنقله الى مصر آخر على ما روي عن ابي يوسف فيه وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ
فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف ليس الا ثم اختلفوا في كيفية
النقل على ما ذكره في الكتاب واعترض على قول ابي حنيفة فيه بان سكناه كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع فاذا
اخرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء البعض واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا
اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر وقال في الاصل ان لم يمكنه
النقل من ساعته بعذر الليل او منع ذي سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة
مستثناة خلافا لزفر وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل
المتاع بنفسه ولم يجد احدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر ونوقض بما ذكره
الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع
من الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد
عن الحضور يحنث واجيب بان في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار
ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة واما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا
يحتاج الى اختيار فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا لا يبر وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا دليل الاول ما ذكره
في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا وصورته
كوفي نقل عياله الى مكة ليستوطن بها فقبل دخولها وتوطنه بها بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي
ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن بمكة ويرجع
الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هذا وفي
بعض الشروح قوله قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن آخر اما اذا كان وبقي على ذلك اياما فلا يحنث في
الصحيح وان لم ينتقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ذكر الخروج بعد ماتقدم ظاهر التناسب
لان المناسبة للمضادة بالدخول واما الاتيان والركوب فانه يتحقق بعد الخروج فاستصحبها ذكر الخروج وقوله
ومن حلف لا يخرج من المسجد ظاهر وكذلك الحكم في الدار والبيت قوله ولو اخرجه مكرها صورته ان يحمله انسان فيخرجه
مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكما وانما اذا هدده فخرج بنفسه خوفا من المكره يحنث لوجود
الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح والقته فيها لم يحنث
وانحلت اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لانه
لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج قوله والمعنى بعد ذلك ليس لخروج يعني ان الخروج

عبارة عن الانفصال من الداخل الى الخارج ولم يوجد قوله ومن حلف لا يخرج الى مكة ههنا ثلثة الفاظ الخروج والاتيان
والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول قال الله تعالى
ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله اراد به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فاذا وصل
حنث سواء كان قاصدا او لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى
اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب
عنكم الرجس اهل البيت والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال المص رحمه الله والاصح
لانه عبارة عن الزوال ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون القدرة اعلم ان الاستطاعة
تطلق على معنيين احدهما صحة الاسباب وسلامة الآلات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع
اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع حادثة
يترتب عليها الفعل عند ارادته الارادة خارجة يخلقها الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا
يستطيعون السمع اذا عرف هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثاني وهو
عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ان اراد حقيقة كلامه وقيل يصدق
قضاء ايضا لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصح قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو
المتعارف وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة حتى لو اذن
لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لا تخرج
الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه اي ما وراء المستثنى
داخلا تحت الحظر العام ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه
مخالفا لمقتضى الباء ولو قال الا ان آذن لك كفى اذن واحد لما ذكره في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى
لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما واجيب بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله
تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرناه في الايراد والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية
تفيد معنى الغاية لان الا ان ليس من صيغ الغاية بل الاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس
الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها
كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده قال ولو ارادت المرأة الخروج صورة المسئلة
ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت
به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته وتفرد ابو حنيفة رح باظهاره
اي باستنباطه وكان الناس قبل يعلمون اليمين نوعين مؤبدة وموقتة لفظا ثم استنبط ابو حنيفة رح
هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والموقت معنى وقد اخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا الى نصرة
رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبره ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ
منعها عن الخرجة التي تهيأت لها لا عن الخروج على التأبيد فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين
فلا يحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو اراد الرجل ضرب عبده فقال له
ان ضربته فعبدي حر يتقيد بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال له رجل اجلس تغد عندي فقال ان تغديت فعبدي

حر كلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يجعل مبتدأ لانه زاد على مقدار الجواب فنفي تطبيقه على السؤال
الغاء الزيادة لا تنفي كونه جوابا للسؤال الا ترى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكأ عليها واهش بها على غنمي
ولي فيها مآرب اخرى في جواب قوله وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو ان يقول عصا
ولم تخرجه عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما يستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث
وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا
على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة قالوا ان ما
يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم يكن مما قد سلفنا وكون الانفعال المسند الى موسى لا يكون اوصافا
ولئن كانت لا يكون اوصافا للعصا فاقول الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه عن كونه جوابا البتة وانما
يجعل كلاما مبتدأ اذا كان ثمة مصرف يمكن حمله عليه اعمالا للزيادة كما في المسئلة وليس في الاية ذلك فلم
يصرف عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدأ قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان الدابة في اللغة كل
ما يدب من الحيوانات اي يتحرك ماشيا على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها
ويتعلق الركوب بها تعين ما يركب منها مرادا كالفرس والبغل والحمار والبقر والجاموس والفيل [illegible]
واستحسن العلماء في عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير اخذا من قوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر منة الركوب في هذه الانواع الثلثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل
بقوله والانعام خلقها لكم الاية وبالعرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه احد انه ركب البقر او الفيل
وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف
هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رح
هذا اذا لم ينو فاما اذا نوى ركوب دابة العبد فيحنث الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى
لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي فيما ملكه العبد المديون عند ابي حنيفة رح حتى لو اعتق عبدا من عبيده لا يعتق
وتلخيص ما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو المعتدد الذي اظهرناه وان كان الدين غير
مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال دابة
عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال النبي عليه السلام من باع عبدا وله مال فماله للمولى فيختل الاضافة
الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه او كان عليه دين غير
مستغرق او دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده
الا انه يضاف الى العبد فيختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد رح يحنث
في الوجوه كلها وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عنده

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج الانسان اليه المسكن ثم الاكل والشرب فعقب هذا الباب
لبيان اليمين عليها واعلم ان ما يصل الى الجوف فالانسان لا يخلو عن اربعة اوجه مأكول ومشروب ومطعوم ومذوق
فالمأكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم الا الممضوغ حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى اكلا والمشروب
ما لا يتأتى فيه ذلك فلو حلف لا يأكل اللبن فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه واكل لم يحنث والمطعوم
هو ما يصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فمصه ورمى تفله وابتلع ماءه لم يحنث لانه في الاكل

ولانّ الشرب والمصّ هو ما يتناول بالفم والاكل بالاصبع والشفاه . اذا عرف هذا رجعنا الى ما فى الكتاب فقوله فهو على
ثمرها يعنى اذا كانت لها ثمر واما اذا لم تكن فاليمين تقع على ثمنها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما
يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه اى ما لا يؤكل سبب له
اى لما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز شائع لكن بشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما صنع
من ذلك الشئ ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد به وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا
احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره فى بعض المواضع من الذخيرة وغيره وقوله ومن
حلف لا يأكل من هذا البسر ظاهر وكلامه يشير الى قاعدة هى ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف يدعو
ذلك الوصف الى اليمين تتقيد اليمين به فاذا زال ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث من حلف لا
يأكل من هذا البسر او الرطب او اللبن فيتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا
وهو الذى استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر فان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبى او هذا
الشاب فكلمه بعدما شاخ ينبغى ان لا يحنث لان الصبى مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا
وصفين داعيين الى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب ان لا يحنث اجاب بقوله وهذا بخلاف
ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبى الى آخره ووجهه ان القاعدة المذكورة تقتضى ذلك لكن الشرع اسقط اعتباره
لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور
عادة فانعقدت اليمين على الذات وهى موجودة حالة الشيخوخة فيحنث فى يمينه واعترض على دليل الكتاب
بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يصح محلوفا عليه كما لو قال والله لاشربن اليوم خمرا واجيب بان
الكلام فى ان الحقيقة يجوز ان تترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح
واما ان اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه ومن حلف لا يأكل لحم هذا الحمل ظاهر قال ـــ ومن حلف
لا يأكل بسرا هذه المسئلة على اربعة اوجه اذا حلف لا يأكل بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب
من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة فتفسيره هو الذى عامته بسر وفيه شئ من الرطب حنث فى
يمينه فى قولهم وكذا اذا حلف لا يأكل رطبا فاكل رطبا مذنبا وهو الذى عامته رطب وفيه شئ من البسر حنث
فى قولهم ولو حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا فيه شئ من البسر حنث فى قول ابى حنيفة رح وقالا لا يحنث ولو
حلف لا يأكل رطبا فاكل بسرا فيه شئ من الرطب حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر فى الايضاح
وشرح الجامع الصغير قول محمد مع ابى حنيفة فى انه يحنث فى هاتين الصورتين قال صاحب النهاية والله اعلم
بصحته لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا يأكل بسرا واكل الرطبة المذنبة فقد اكل الرطب
لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشترى رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث وله
ان الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب فيحنث فى
الصورتين وان كان احدهما غالبا والآخر مغلوبا الا ترى انه لو ميّزه واكله حنث بالاتفاق فكذا اذا اكله
مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن وصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان شرب
المحلوف عليه وزيادة واشار المص رح الى الجواب عنه بقوله وكل واحد مقصود فى الاكل يعنى بخلاف صورة
اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء شاع وماع فى جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه فلم

يكن

يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب قوله بخلاف الشراء جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر
وقوله ولو حلف لا يشترى رطبا كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر ومن حلف لا يأكل لحما فاكل السمك لم يحنث وقيل
فيه ان اللفظ اذا تناول افرادا وفى بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام
والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم فى السمك ضعيف وقال المص رح لا دم فيه جعله بمنزلة المعدوم
لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه اصول الفقه وان اكل لحم خنزير
او انسان حنث لانه لحم حقيقى الا انه حرام واليمين قد تنعقد للمنع من الحرام واعترض بان الكفارة فيها معنى
العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به
واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بامر
مباح او حرام لا مدخل له فى ذلك اشار الى هذا قوله واليمين قد تنعقد للمنع من الحرام وقوله وكذا اذا اكل
كبدا ظاهر قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان ثم
يابس وانما وضع المسئلة فى الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على اكل حنطة لا بعينها ان يكون الجواب
على قول ابى حنيفة رح كالجواب عندهما قال فى النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام فى ايمان الاصل وهذه المسئلة
على اوجه احدها ان ينوى ان لا يأكل حبا كما هى فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث بالاتفاق لانه اراد حقيقة
كلامه فينعقد اليمين بها والثانى ان ينوى ان لا يأكل ما يتخذ منها لا يحنث باكل عينها كذلك والثالث ان لا يكون
له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند ابى حنيفة رح خلافا لهما والوجه من الجانبين ما ذكره فى الكتاب ومبناه
على ان الحقيقة المستعملة عنده اولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه اصول الفقه ولو حلف
لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول فكانت الحقيقة متعذرة فيصار
الى المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه اى اكله من غير مضغ لا يحنث وهو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا
عن قول بعض مشايخنا انه يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا
لان عين الدقيق ماكول والاصح انه لا يحنث لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه عرفا
سقط اعتبار الحقيقة كما اذا قال لاجنبية ان نكحتك فعبدى حر فزنى بها لم يحنث لان يمينه لما انصرفت الى العقد
لم يبق للحقيقة الوطى قوله ولو حلف لا يأكل خبزا على ما ذكره ظاهر وطبرستان … آمل … وقيل اصلها
تبرستان لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعرّب الى طبرستان قوله ومن حلف لا يأكل الشواء فهو على
اللحم وهذا لان التعميم متعذر لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين انه لم يرد ذلك فينصرف الى ما
هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء قال لو قيد بقوله بالماء لان القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنث باكلها
ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس فى التنانير اى يطم بها التنور يعنى يدخل فيه من كبس الرجل رأسه فى جيب
قميصه اذا ادخله فيه ويباع فى المصر لان رأس الجراد … حقيقة وليس بمراد فينصرف الى المجاز المتعارف وفى
الجامع الصغير على ما ذكر فى الكتاب واعترض على هذا بان لحم الانسان والخنزير لا يباع فى الاسواق ومع ذلك
يحنث بالاكل اذا حلف لا يأكل لحما واجيب بان حاصل الفرق بان الرأس فيما يؤكل بجميع اجزائه لان منها ما لا
يؤكل فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس فى التنانير ويباع فى الاسواق واما اللحم
فيؤكل بجميع اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم تكن

متعذر وهي مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذي لا يكون شيء من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبي وههنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشرى فان الراس يشترى بجميع اجزائه فلم يكن الحقيقة متعذرة اجيب بان من الروس ما لا يجوز اضافة الشراء اليه كراس النمل والذباب والادمي فكانت متعذرة ومن حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا حنث في العنب والرطب يعني لا في القثاء والخيار فكانت المسئلة على ثلثة اوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهو ان يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثاء لانه يؤكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم يكن له نية وكلامه ظاهر الا ما نذكره قوله زيادة على المعتاد اي على الغذاء الاصلي حتى يسمى التمر فاكهة والمزاح تفكها لوجود زيادة التنعم فيها وقوله والرطب واليابس فيه سواء يعني ان ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء لا تعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك قوله لانهما من البقول بيعا فان بايع البقول بيعا فانه يبيع البقول هو الذي يبيعهما لا غير ولما اكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع البقل قوله ان هذه الاشياء مما يتغذى بها يعني العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب فالتوابل جمع تابل بفتح الباء وكسرها والاصل في هذا ان اللفظ اذا اطلق على افراد في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم الاشتقاق قيدنا كما تقدم في صورة النقصان في اللحم قال ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام الاصطباغ على بناء المفعول لكنا كان متعديا لحظ الثقات وهو افتعل من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف لا يأتدم اي لا ياكل اداما فكل شيء اصطبغ به فهو ادام ولا ينعكس فالخل والزيت والزبد والملح ادام والشيء المشوي ليس بادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح في رواية الاصل وقال محمد رح ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهذا رواية عن ابي يوسف وحاصل ذلك على ثلثة اوجه ما يصطبغ به فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها مما يؤكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض والجبن اختلاف جعلها محمد رح اداما خلافا لهما لمحمد ان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافقا له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقة وذلك في ان لا يكون قايما بنفسه وحكمية وهو ان لا يؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما وقوله وتمام الموافقة بالامتزاج جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج ايضا ولم يوجد في هذه الاشياء الا ان يتوبه لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المايعات فانها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان اداما والعنب والبطيخ ليس بادام يعني بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف قوله واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكله وقوله وهذا سمي الظهر احد صلوتي العشاء في الحديث ذكره في الايضاح في باب الحلف على الغداء

فقال فانه ورد في الحديث ان النبي عليه السلام صلى احدى صلوتي العشاء يريد به الراوي الظهر او العصر وقوله ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم يعني ان كانت خبزا لخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية قوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف وهو صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يصدق قضاء ولا ديانة لان النية انما تصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض محتملات اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ فلا يصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ تنصيصا اليس انه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ اجاب بقوله والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه فان قيل المقتضى امر شرعي والافتقار الى الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرف بدونه الشرع قلت يجوز ان يكون المص اختار ما اختاره بعض المحققين من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدي حر فنوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر والخروج غير مذكور لفظا وبينه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا فنوى ان لا يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو ساكنه في الدار لا يحنث اجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربعة ابو هيثم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي الغني رحمهم الله ولئن سلم فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صيغ النفي والاول في معنا فيعمان لكن ما عرف من الخروج والسفر مجاز تخصيصهما الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا اي يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه اكارعها والكراع مستدق الساق وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية وقد قال صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا ولهذا ان الكرع حنث بالاجماع فان قيل لا نم ان الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار عموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان وح يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب ان المصير الى عموم المجاز ان يكون بعد تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه وقوله ومن حلف ان لا يشرب من ماء دجلة فظاهر قال ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح حنث في ذلك كله اي فيما كان فيه الماء علم بعدم الماء او لم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح حنث في ذلك كله اي فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن وما ذكر من العجز للجانبين فواضح واعترض في وجههما بان البر متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا واجيب بان البر انما يجب في هذه الصورة

فى آخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيهما باعادة الماء فى الكوز وشربه فى ذلك الزمان قوله
ولو كانت اليمين مطلقة يعنى عن ذكر اليوم ففى الوجه الاول يعنى فيما اذا لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما وعنده يحنث
فى الحال وفى الوجه الثانى وهو ان يكون فيه ماء فاهريق يحنث فى قولهم جميعا فابو يوسف فرق فى الوجه الاول وهو
الذى لم يكن فى الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين الموقت به فقال فى المطلق انه يحنث فى الحال وفى الموقت
يتوقف حنثه الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجهه ما ذكر ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت
فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد موقتة بوقت ممتد يتعين الجزء الاخير للانعقاد لان
الوقت ظرف له فيلزم فى جزء منه ويتعين آخره وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال كذا فى بعض
الشروح وقال فى النهاية فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت اى فى مسئلة الوجه الثانى وهو ما اذا
كان فى الكوز ماء فاهريق قبل الليل فقال فى المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفى الموقت
لا يحنث فى الحال بل يتوجه حنثه الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقت يعنى فى هذا الوجه على ما ذكر فى الكتاب
واشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الى ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف واشار بقوله كما اذا
عتق ابتداء فى هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائه قوله ومن حلف ليصعدن
السماء على ما ذكر ظاهر واعترض بان تصور البر لو كان كافيا فى خلفية الكفارة لوجبت فى الغموس لان الله
قادر على اعادة الزمان الماضى وقد فعلها لسليمان عليه السلام واجيب بان تصور البر فى الغموس بان يجعل
الفعل الذى لم يوجد موجودا منه وهو مستحيل قوله واذا كان متصورا ينعقد اليمين انما كان كذلك لان
ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف الا ترى ان الصوم
واجب على الشيخ الفانى ولم يكن له قدرة لمكان التصور والخلف فكذا الحنث هنا حنث عقيب وجوب البر فوجب
الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم

باب اليمين فى الكلام

لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذى ذكرنا شرع
فى بيان الفصل الجامع الذى يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين فى العتق والطلاق والبيع
والشرى واليمين فى الحج والصوم والصلوة من انواع الكلام فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع ومن حلف لا
يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكلم عبارة عن
اسماعه كلامه كما فى تكليم غيره فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب
المؤدى اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع من السماع يسمع ودار الحكم معه وسقط
اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح قوله لتغافله اى لغفلته قوله وفى بعض روايات المبسوط يعنى
دون غيره رواية فناداه وايقظه يحنث فى يمينه وبهذا الاشتراط الرواية يشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر
فى بعض الروايات فناداه او ايقظه وهذه تدل على انه متى ناداه بحيث لو كان يقظان يسمع صوته حنث وان
لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسى والاظهر انه لا يحنث واليه اشار بقوله وعليه مشايخنا والوجه ما
ذكره فى الكتاب ولو حلف لا يكلمه الا باذنه ظاهر قوله والاذن مشتق بالاذن كالرضا يعنى انه اذا حلف لا يكلم الا
برضاه فمضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما ان الرضا يتم بالراضى فكذلك الاذن
بالاذن قلنا الرضى من اعمال القلب فيتم بالراضى ولا كذلك الاذن على ما قررناه ان الاذن الذى هو من الايذان

ومن الوقوع فى الاذن وذلك يقتضى السماع ولم يوجد واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد مأذونا اذا راه
مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير مأذونا فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع فى الاذن واجيب بان الاذن هناك يجئ
فى حق العبد والعبد يتصرف باهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن واما فى اليمين فلاحتمال كلامه باليمين الا
عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو مبنى على تخصيص العلة والصحيح
واضح عند الاصولى وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين لان بالى اليمين صالح
لحلية البراءى جزء كان من اجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقع النكرة فى سياق النفى كان اليمين
مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهى الغيظ الذى لحقه فى الحال بخلاف ما اذا قال والله
لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين اما لانه نكرة فى سياق الاثبات واما لان الصوم غير
صالح للتابيد لتخلل الاوقات التى لا تصلح ان تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر
فاليه تعيينه قوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن واضح قوله ولو قال يوم اكلم فلانا ههنا ثلث عبارات يوم
اكلم فلانا وليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاولى لبياض الزمان خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية
لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله فى مطلق الوقت وما جاء فى قول الشاعر وكنا حسبنا
كل سوداء تمرة * ليالى لاقينا الجذام وحميرا * مراد به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد
وما فى الشعر بلفظ الجمع وذكر احد العددين بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بازائه من العدد الآخر وذلك
اصل آخر غير ما نحن فيه والثالثة يعتبر بما قرن به اى قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى
ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه
وظيفة اصولية وقد قررناه فى التقرير فان عنى به قوله يوم اكلم النهار خاصة صدق فى القضاء لانه يستعمل
فيه ايضا قال الله تعالى اذا نودى للصلوة من يوم الجمعة والمراد به بياض النهار قوله لانه غاية اما فى كلمة
حتى فظاهر واما فى الا ان فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء ومعنى الغاية وكونه مجازا للغاية
قوله فان مات فلان يعنى الذى اسند اليه القدوم او الاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل
اعادة الحيوة ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب ان اليمين انعقدت على القدوم او الاذن
فى حيوة القائمة لا المعادة بعد موته وهى غير المعادة لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لا تقتلن فلانا وفلان
ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها وقعت على الحيوة القائمة قال ومن حلف لا يكلم
عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب اضافى فاما ان يكون مع الاضافة اشارة او لا وكل
منهما اما ان يكون الاضافة فيه اضافة ملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف
لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود
المحلوف عليه فى اضافة الملك بالاتفاق وكذا فى اضافة النسبة عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد يعتبر وجود
النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق المرأة او عادى
صديقه عندهما وعند محمد يحنث كذا قال فى الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة
والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه لاستغنائه
عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينها اى بعين كل واحد منهما كما فى الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان

هذا او زوجة فلان هذه زوجها ذكر هنا يعني بعدم الحنث وهو قول ابي حنيفة رح وهو رواية الجامع الصغير
فانه ذكر قول محمد في الزيادات وقول ابي حنيفة في الجامع الصغير ولم يذكر لابي يوسف قولا وقال شيخ
الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة رح انه يحتمل ان يكون هجره لمجرد اي كل واحد من
المرأة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل ان لا يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك
وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان هذه او صديق فلان هذا بعينه لم يحنث في
العبد وحنث في المرأة والصديق في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد حنث في العبد ايضا وهو
قول زفر رح وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند
وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه
بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة
ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لانم ان الاضافة للتعريف بل لبيان ان
الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها
وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك
بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف
والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف
ايضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك
لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمرأة يجوز ان يهجر لذاتها لشؤمها كما جاء في الحديث
واجيب بان ذلك احتمال لم يعتبر لعدم عرف فلا يكون معتبرا قوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان
ظاهر وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين وهذه كذلك على ما مر من قبل يعني في اول باب اليمين في
الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين

فصل

لما كان المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا ومن حلف لا يكلم فلانا حينا او زمانا
او الحين او الزمان ولا نية له على شيء من الوقت فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى
فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلوة وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى
على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى
تؤتي اكلها كل حين اي كل ستة اشهر من وقت الطلع الى وقت الرطب ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت
الطلع ستة اشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فينصرف اليه
اذا لم يكن له نية وقوله وهذا اي لا تنصرف الى ستة اشهر لان القليل لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين
في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمؤبد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة
الابد لان من اراد ذلك يقول ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت عن الحين تأبد اليمين فحيث
ذكر لابد له من فائدة سوى المستفادة عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فائدة فتعين الاوسط قوله وكذا
الزمان ظاهر قوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعني يقع على ستة اشهر المعرف والمنكر سواء
وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية بشر عن ابي

يوسف

يوسف عن ابي حنيفة رح انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف
في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالوا واما ان يكون يقع على الابد كما قال
بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو [illegible] بقوله اما المعرف
بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ما ذكر في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في
الجامع الكبير واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على
على ثلثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفة ايضا قايلا في دهور منكر بثلثة
منها فكل دهر ستة اشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف
في المفرد اجيب بان ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يعرف معرفة الدهر فكانه قال من يعرف على معنى
الدهر يجب عليه ان يقول في الجمع المنكر منه بثلثة كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة تفريعا
اختلافا لاستعمال الناس ان معرفه يقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال الدهر [illegible]
الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما يهلكنا الا الدهر وقال عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الدهر
هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الاطلاق فالتوقف في ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع
قوله ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب
الايمان انه على عشرة ايام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع
اصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلثة ولو حلف لا يكلمه
الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رح وقالا ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في
اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما يطلق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة رح وهي العشرة لان الناس يقولون في
العرف ثلثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم
فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء
حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان
ثم معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر ففي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع
فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين
فينصرف فيه الى جميع العمر وقوله لانه يدور عليها قيل اي لان الشهور يدور على اثني عشر وكان القياس ان يقول
لانها تدور عليه لكن اول بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني قوله ومن قال لعبده ظاهر وقوله وقيل لو كان
اليمين بالفارسية يعني مثل ان يقول اكر خدمت كني مرا روزها بسيار تو آزادي اذا خدم سبعة ايام ينبغي
ان يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظ روزها يعني ما قال ابو حنيفة رح في العربية من انتهاء لفظ
الجمع الى العشرة فذلك انما يريد في العربية اكثر ما يطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام بل يقال احد
عشر يوما ومائة يوم والف يوم وقيل في تعليل المصنف نظر لان لفظ الفرد بالفارسية ايضا ان فهم منه معنى الجمع
والا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي ان لا يكون الاسبوع مرادا ايضا ويمكن
ان يجاب عنه بانه فهم منه معنى الجمع قوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي
وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود او [illegible] العقل

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامها اهم من غيرها ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت

ولو قال ذلك لامته وعلق به الحرية عتقت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا

وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا عرفا لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به

العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا

ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة

الميت على ما بينا ان الموجود مولود الى آخره لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء كما لو قال

لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء **قوله**

ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد تقيد بوصف الحيوة يعني ان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه

مقيد بوصف الحيوة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت

ولدا حيا ولم يوجد بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه اي الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائهما عن حيوة

الولد فلم يكن الشرط الا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر

فاشترى عبدا لغيره انحلت يمينه حتى اذا اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع انه جعل اشتراء العبد

شرطا للحرية وعبد الغير ليس بمحل للحرية من المشتري لعدم ملكه واجيب بان الاشتراء انما يكون لتصحيح الكلام

والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة الى اضمار الحيوة لان الحرية بدون الحيوة لا تتصور اصلا وفي

ملك الغير يتصور موقوفا على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار الحيوة اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتريه

فهو حر على ما ذكره في الكتاب ظاهر وكذا قوله اول عبد اشتريه وحده وهي من مسائل الجامع الكبير واستشكل

بما لو قال اول عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث مع ان معنى

التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضي نفيه في

الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبي

او امرأة وكذب في ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك علمنا اذا قال واحدا انه اضاف العتق الى اول عبد

مطلق لان قوله واحدا لم يفد امرا زائدا على ما افاده لفظ اول فكان حكمه حكمه واذا قال وحده فقد اضاف

العتق الى اول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق **قوله** وان قال آخر عبد اشتريه

فهو حر فمات **قوله** ويعتبر من جميع المال يعني اذا كان اشتراه في الصحة **وقوله** حتى يعتبر من ثلث المال يعني على

كل حال لان شرط العتق آخرية العبد المشترى وهي لا يثبت الا بعدم شرى غيره بعده وعدم شرى غيره

يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف وتقريره انه لما

اشترى الثاني بعد الاول ثبت صفة الآخرية فيه لكن بعرضية ان تزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم

يتيقن فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا ان صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامته اذا

حضت فانت حرة فرأت الدم لا يعتق لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلثة ايام فان استمر بها الدم ثلثة

ايام عتقت من حين رأت الدم لانه تبين ان ما رأته كان حيضا حين رأت الدم الى هذا اشار الامام السرخسي

ذكره في النهاية وفيه تسامح لان ما ذكره في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ويجوز ان يكون

الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في ذلك سواء **وقوله** وعلى هذا الخلاف تعليق

الطلقات الثلث به اي بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة

ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى ترث الميراث وعند ابي حنيفة رح تقع مستندا

الى وقت التزوج فلا ترث وفائدة التقييد بالثلث جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فانه به يكون

فارا فترث المرأة **قال** ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه

وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا انه في العرف يستعمل فيما يسر ويتغير به البشرة ويتحقق من واحد وكثر

فاذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فبشره ثلثة فان اخبروه معا عتقوا لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى

وبشروه بغلام عليم وان اخبروه متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت منه وبعضده

ما روي ان النبي عليه السلام مر بابن مسعود رض وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا

كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر يعني اسرعا للبشارة فسبق ابو بكر عمر بها وكان

ابن مسعود اذا ذكر ذلك يقول بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه

ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق

وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لا علته فلا يكون مفيدا حتى لو

كانت النية مقارنة لليمين اجزأه عن الكفارة وان اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا

لزفر والشافعي وهو قول ابي حنيفة رح في الاول وجه قولهما ان النية يشترط عند العلة والشراء شرط

العتق لا علته وانما العلة هي القرابة فلا تفيد النية عند الشراء وهذا اي كون الشراء شرطا لا علة لان الشراء

اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالة فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء اعتاقا

ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وجه الاستدلال

ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره **وقوله** وصار نظير قوله سقاه فارواه جواب عما

يقال لعطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي زمانا وان لطف فلا يكون نفسه ووجهه ان

الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه

وسقاه فارواه اي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو ان شراء القريب بل يثبت الملك للمشتري القريب

اولا فان اثبته لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق الا فيما يملك

ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك

وكون ثبوت الشيء ازالة له محال في البديهة ولا يقال شراء القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك

لانه ايضا استحالة لانه يلزم ان يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالة له والجواب ان قولهم ثبوت الملك في

القريب اعتاق معناه ان الشرع اخرج القريب من محلية الملك بقاء كما انه اخرج الحر عن محلية ابتداء

وبقاء وهذا لان العتق لا يمنع الا في الملك فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور ذلك ومن قال لامة قد

استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها يعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة

لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من

كل وجه ولقائل ان يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالهما افترقا

اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب فالجواب ان الاستيلاد فعل اختياري من جهة
المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد والشرآء فلم يتمحض عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة
فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوى الشرى فاذا اشتراه ناويا عن الكفارة من كل وجه
قوله بخلاف ما اذا قال لعبده ظاهر قال ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت اتخذت سرية
وهي فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع او الاخفاء لان الانسان يسر وانما ضمت سينه فقد تغير في النسبة
كما قالوا في النسبة كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري بضم الدال للمعمر والسري عبارة عن التحصين والجماع
طلب الولد او لم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هو لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى
لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريها عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سوى
كان بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان
اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل ما انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيترتب عليه
الجزآء قوله وهذا لان الجارية توضيح انعقاد اليمين في حقها وانما اشترى جارية فتسريها لم يعتق خلافا لزفر
فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي
حر يصير التزوج مذكورا فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء اجيب بان اثبات الملك
هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تامل ولا
اجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وساير الافعال الموذية مفهوما من النهي عن التافيف ولا كذلك المقتضي
لان المقتضي لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تامل
فكان الملك مفهوما من التسري بلا تامل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء
بهذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة ما يكون بطريق الحاق صورة
باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتافيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض اصحابنا واصحاب الشافعي ان
الدلالة قياس لوجود اصل وفرع جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك وان قيل هذا اللفظ يستعمل في
العرف بمعنى ان وطئت مملوكتي فكانت الدلالة بطريق العبادة مجازا او نقول هذا الحكم اذا ثبت من غير ولم
يقل بالاقتضاء كان متناقضا فكفينا مؤنة الجدال معه ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري
وتقريره سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسري لكونه شرطا وما ثبت بالضرورة
يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزآء وهو الحرية لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء قوله
وفي مسئلة الطلاق جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقريره وما ذكره من المسئلة المذكورة فالامر فيه كذلك
لانه يثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزاء حتى لو قال لها ان
طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فيندفع وزان مسئلتنا من حيث ان في كل منهما ثبت شرط
الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزآء واما وزان مسئلة زفر هو ان يقول ان تسريت جارية فعبدي
حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد ومن
قال كل مملوك لي حر عتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء يعني ان كل
واحد من هؤلاء في الاضافة الى نفسه بقوله لي كامل اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا واذا كان كذلك دخلوا تحت كلمة

كل فيعتقون وان قال اردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة اما تصديقه ديانة فلان لفظ المملوك
وضع للمذكر واما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر وكذا لو نوى الاناث
لفت نيته ولو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا
ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك فيهم ثابت يدا
ولهذا لا يملك اكسابهم ولا يحل له وطي المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام الولد و
المدبرة فاختلت الاضافة فلا يدخل بلا نية قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه على ما ذكره في
الكتاب ظاهر قوله فيختص بمحله اي بمحل الحكم وهي المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعتبر في
العطف كما يقع على من وقع عليه الحكم يقع ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم
يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم احد الاخرين لا يحنث
حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع
بلفظ الجمع فصار كانه قال هذه طالق او هاتان فح كان هو مخيرا في الطلاق والعتاق ان شاء اوقع
على الاولى وان شاء اوقع على الاخريين والجواب ان هذا الذي ذكره هو رواية سماعة عن محمد واما الذي
ذكره في الكتاب وهو ظاهر الرواية فالفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله
لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا في ان الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهي مسئلة الجامع
هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما نكرة الا ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع
الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص فيتناول احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كانه
قال احديكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في مسئلة الجامع فالموضع موضع النفي
فيعم كما في قوله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر
الثالث بحرف الواو صار كانه قال ولا هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا والله اعلم

باب اليمين في العتق والشرى والتزويج وغير ذلك

يعني غير ذلك مثل الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات في الايمان كثيرة الوقوع بالنسبة الى ما بعدها فلذلك قدمه
قال في النهاية ثم الضابط في هذه التصرفات لاصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المامور فيها لا يحنث شيئان
احدهما ان كل فعل يرجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المامور وكل فعل يرجع فيه الحقوق
الى من وقع حكم العقد له يحنث والثاني ان كل فعل يحتمل حكم الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المامور
وكل فعل لا يحتمل ذلك فيحنث وقيل كلما يستغني المامور في مباشرته عن اضافته الى الامر لا يحنث والمامور
وان كان لا يستغني عن هذه الاضافة يحنث والفقه في ذلك ان العقد متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد
لمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقه
الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه فلا
يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المامور النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة
والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة
وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث ايضا بفعل المامور واما ما لا يحنث الحالف

بالكفارة كانت الحرية

بما شرع المأمور فهو البيع والشرى والاجارة والاستيجار والصلح عن المال وكذلك القسمة وفي الشارح من الحق
المختصة بهذا القسم واذا عرفت هذا ظهر معنى كلامه الا الالفاظ بنيته عليها **وقوله** الا ان ينوى استثنآء متصل
بقوله من كل من فعل ذلك لم يحنث اى الا ان ينوى ان لا يأمر غيره ايضا فيحنث **قوله** او يكون الحالف ذا سلطان
يعنى اذا باشر المأمور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده ومعتاده الامر بالغير فكان الامر
غيره وفعل المأمور حنث ومع ذلك لو فعل بنفسه حنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة **وقوله** لان المالك
له ولاية ضرب عبده يلوح الى انه لو حلف على ضرب حر فامر غيره بذلك فضربه المأمور لم يحنث لانه لا ولاية له
عليه فلا يعتبر امره فيه **قوله** ووجه الفرق هو الفرق المعهود بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص
في العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء
وديانة وان كان في ذلك تخفيف عليه لان الكلام يصرف الى حقيقته بغير نية فاذا وجدت النية كان الصرف
اليها اولى **قوله** لان منفعة ضرب الولد عايدة اليه اى الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التأديب
والتثقيف **قوله** ومن قال ان بعت لك هذا الثوب على ذكره في الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الا
اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله او يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين
فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل فيشترط
حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سوآء كانت العين مملوكة له او لم تكن وذلك انما يكون بالامر وان
تأخر عن المفعول كان لاختصاص العين به وشرطه كونها مملوكة له سوآء كان الفعل وقع لاجله او لم يقع
وان لم يحتملها لا يفترق الحكم في الوجهين اى في التوسط والتأخر بل يحنث اذا فعله سوآء كان بامره او لا
او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سوآء فتعين
ان يكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغآء ومعنى دس اخفى والمراد بالغلام العبد
كما ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان واما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية وهذا هو الصواب لان ضرب
العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكر في
قبيل هذا ومن ارث وجهين من وجه لا دل بان المراد بالوكالة والنيابة وكان تتعلق بها حقوق ترجع بها الى
بالحقوق العهدة على الوكيل وليس الضرب شيئا من ذلك فكان كالاكل والشرب والجواب عن المسألة المذكورة
تعلم انه لم يذكرها وهو مخالف لما ذكر المصنف وتخطيئة له فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المأمور ومع ذلك
جعله مما يحتمل النيابة **قال** ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه
وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه الانعام
فينزل الجزآء قيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك فاذا علق
العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزآء وليس كذلك واجيب بان جواز البيع ليس مع
المنافي وجواز النكاح مع المنافي لانه رق والانسانية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فساده
بالمخالف الدليل فيترجح جانب العدم فصار كان لم يكن بخلاف البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا
بالايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار
لنفسه عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشرآء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري

لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق في مدة
خيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق وردّ بان في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل
التنجيز اصلا لعدم احتمال التأخير وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة
التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال واجيب بان العتق يحتاط في تنجيزه وهو ممكن بايقاعه في الحال
بفسخ الخيار فلا يؤخر الى مضي مدة الخيار وطولبه بالفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار
للبايع فانه فما اشتراه لم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار
فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند ابي حنيفة رح وفرق بين الاوليين بان الخيار اذا كان للمشترى يتمكن من
اسقاطه ومتى كان الخيار للبايع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانيتين بان شرى القريب لم يوجد فيه كلام الاعتاق
بعد الشرى حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقط واما في الايجاب المعلق فانه يصير قايلا عند وجود
الشرط انت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يحقق الملك ووضع المسئلة بشرط الخيار يفيد ان البيع
اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد
عن ملكه والجزآء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه ومن قال ان لم ابع هذا العبد او
هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع
وهذا في اعتاق العبد ظاهر واما في التدبير والامة فلا بد من بيانه لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز
بيعه والامة يجوز ان يرتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب وذلك ان الكلام في المدبر ما كان مدبرا واذا قضى
القاضي بجواز بيعه ينفسخ التدبير ويكون البيع في بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار
بقاء التدبير وكما ترى فيه مخلص لانه يعيد ان فوات المحل بقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا يفوت
المحلية فكان الواجب ان لا يقع الطلاق والاولى في البيان ان يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر ان المسلم لا
يقدم عليه فان اقدم فالظاهر ان القاضي لا يقدم على القضآء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث
فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز قضآء القاضي ببيعه مخالفا للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا ولما
الامة فان فرقا لعرشا يخالا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح انها
تطلق لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير **قوله** ولو
قالت المرأة لزوجها ظاهر **قوله** لانه زاد على حرف الجواب اى اصلا لانه لو اراد الجواب المطابق لقال ان فعلت
فهي طالق فلما ذكر كلمة كل دل على ان مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتديا **وقوله**
وقد يكون تعرضا لعادتها جوابا عن قوله بان الغرض ارضاؤها

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرها
تقدم على غيرها وانما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلثة اوجه في وجه يلزمه اما
حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شئ كذلك وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الاول فهو اذا قال
على المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي رواية النوادر او الى بكة سوآء كان في الكعبة او في مكة او لم
يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات
ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بها العمرة ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا

او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس
بمشي الى بيت الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه لاجل
فكان ماشيا الى بيت الله والقياس ان لا يلزمه بهذا النذر شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة لان المشي امر
مباح ولا مقصودة في الاصل يعني لذاته لان المقصود منه شيء آخر لا نفسه فكان القياس ان يكون النذر
به باطلا لكن تركناه بالاثر والفرق اما الاثر فقال محمد رحمه الله في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال
من جعل على نفسه الحج ماشيا فانه يركب ويذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح وليس يطابق لما نحن فيه لجواز
ان يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روي عن علي رضي الله عنه
انه اجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخي رحمه الله في شرحه ان اخت عقبة بن
عامر رضي الله عنه نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي عليه السلام ان تحرم بحجة او عمرة واما العرف فلما ذكره
في الكتاب ان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة بيت الله ماشيا
فيلزمه ماشيا وان ركب اراق دما لما ذكرنا على ما ذكره في المناسك وايجاب الحج او العمرة بهذا النذر بطريق
المجاز من باب ذكر السبب وارادة المسبب ولهذا لم يفرق بين ان يكون الناذر بمكة الكعبة او في غيرها فان قيل
فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة
فلم ينبغي ان لا يلزم المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه وانما يجب اهداء الثوب الى مكة
لكون اللفظ عبارة عنه اجيب بان الحج ماشيا فضيلة ليست لذلك كما قال صلى الله عليه وسلم من حج
ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر اللفظ
لايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك المتعارف وفيه
نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاولى ان يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج او العمرة
ماشيا لان الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني فيما اذا قال علي الخروج او الذهاب
او السعي او السفر او الركوب او الاتيان الى بيت الله او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر
والعرف فيه فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث فيما اذا قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد
الحرام قال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء عليه كما لو قال علي المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليه
حجة او عمرة لان الحرم شامل للبيت وكذلك المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان
عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف حتى يصير مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ
فامتنع اصلا ومن قال لعبده ان لم احج العام فانت حر قوله لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ودفعا للحرج جوابه
السير الكبير رجلان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته
والرجل يقول وصلت به قولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على نفي
شيء احاط علم الشاهد به واجاب الامام قاضي خان رحمه الله ان هذه الشهادة شهادة قامت على امر وجودي وهو
سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامام ان الطلاق في التحقيق مبني على الردة ونفي الاسلام كما
اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما للاحاطة
علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس بمختار للمصنف رحمه الله لافضائه الى الحرج **وقوله** ومن حلف

لا يصوم ظاهر قوله لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا اورد عليه ما لو قال والله لا اصوم هذا اليوم وكان ذلك
بعدما اكل او شرب او بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان
الصوم الشرعي بعد الاكل او بعد الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة قامت على ان المراد ليس الصوم الشرعي وهي
كون اليمين بعد الاكل او بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه
ما يصرفه عن الصوم الشرعي فينصرف اليه قوله ولو حلف لا يصلي ظاهر **وقوله** لا يحنث ما لم يصل ركعتين وقيل ينبغي
ان لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لان الصلوة لا يكون معتبرة بدون القعدة شرعا وليس
بشيء لان الركعتين عبارة عن صلوة تامة وتمامها شرعا انما يكون بالقعدة اشار الى ذلك تعليله بقوله لانه يراد
به الصلوة المعتبرة شرعا

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب اكثر وجودا منه واما لان
اليمين به مشروع وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي اي
صدقة اتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح **وقوله** والمعتاد هو المراد يعني فصار كانه قال من قطن او من
قطن ساملكه وذلك سبب اي الغزل من قطن الزوج سبب لملك الزوج لما غزلته قوله وهذا ايضاح لقوله
وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لان يملك الزوج
غزلها مع ان القطن ليس بمذكور هناك وما ذاك الا باعتبار ان غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته في
العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا وقت الحلف او لم يكن **وقوله** ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء
وسكون اللام هو ما يتحلى به النساء من ذهب او فضة او جوهر واستدل باباحة استعماله للرجال على ان
الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما
جاز التختم بالفضة لم يقصد التختم له ولغيره لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا وان كان
من ذهب حنث يعني كيف ما كان يعني سواء كان فيه فص او لم يكن قيل الخاتم ثلثة الذهب مطلقا والفضة المفصص
والحالف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصصة ولا يحنث بلبسه قوله ولو لبس عقد لؤلؤ
والعقد بالكسر وهو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر **وقوله** حتى سمي به في القرآن اي
بالحلي يريد به قوله تعالى وتستخرجون حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلون فيها من اساور من ذهب ولؤلؤ جعل
اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله يحلون قوله ومن حلف لا ينام على فراش يريد به على فراش بعينه بدليل قوله ثم
جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لم يحنث فانه لو كان على حقيقة منكرا يحنث في هذه الصورة ايضا لانه نام
على فراش **وقوله** لانه تبع له ولا يعتبر حائلا يشير الى انه لو نزع ثيابه وطرح على الارض وجلس عليه لم يحنث لانه
لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير **وقوله** ولو حلف لا يجلس على سرير ظاهر مما تقدم

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم ذكر وجه المناسبة في الباب المتقدم ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فضربه هو على الحيوة لان الضرب
اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وهو لا يتحقق في الميت لانتفاء الايلام فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك
ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد نهى ايوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الايلام لان
الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان او حشيش فلم يكن الموجود ايلاما فكيف لاجزائه واجيب بانه

جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في حق امرأة تخفيفا عليها لعدم جنايتها
خلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث وروى عن ابن عباس
رضي الله عنهما ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها فكان حكما باقيا في شرعنا
ايضا وتمام الكلام فيه في الكشاف وذكر في شرح الطحاوي ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة
واحدة ان وصل اليه كل سوط يحنث بار في يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام قوله
ومن يعذب في القبر جواب عما يقال من لكم الايلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر وقيد بقول العامة
احترازا عن قول ابي الحسن الصالحي فان الميت عنده يعذب من غير حيوة ولا يشترط الحيوة لتعذيب الميت
وقوله وكذلك الكسوة يعني ان من قال ان كسوتك فعبدي حر فكسا بعد الموت لا يحنث وقوله لانه يراد به اي
بالكسوة على تاويل الاكساء التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان
نوى به اي بالكسوة الستر فيحنث لان فيه تشديدا عليه قوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس دون
التمليك وهو قول الفقيه ابي الليث ومعناه انه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فالبسه وهو ميت حنث
لان الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله وكذا الكلام والدخول يعني اذا حلف
لا يكلم فلانا او حلف لا يدخل على فلان فكلمه او دخل عليه بعدما مات لا يحنث في يمينه لان المقصود من
الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فان قيل قد
روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم اصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد
ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي حقا اجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم قوله ويتحقق ذلك
يعني التطهير في الميت الا يرى ان من صلى وهو يحمل ميتا لم يغسل لا يجوز وان كان مغسولا جازت ومن
حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مولم يتصل البدن وقد تحقق
الايلام في هذه الافعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة وان اوجعها او آلمها لانه يسمى في العرف ممازحة
لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام وقوله ومن قال ان لم اقتل فلانا ظاهر قوله هو الصحيح احتراز
عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه يحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في
هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروى عن ابي حنيفة رح في رواية اخرى انه لا يحنث علم او
لم يعلم وهو قول زفر رح وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود الذي في الكوز والله تعالى
وان احدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء الذي حلف
الى الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد
يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى فلان يكون له تعالى فاماته الله مائة عام ثم بعثه وكان
ما عقد عليه اليمين متوهما والعادي منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان قال قائل

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل يحذف في التتمة
دون المقاصد في المعاملات وغيرها آخر اليمين التي يتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا
ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب
القضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون واقول جميع ما قال في الكتاب

من المسائل مبناه على التقاضي على ما اصرح بذكره عند راس كل مسئلة والاصل في هذا الباب ان الديون
تقضى بامثالها وان العيب لا يعدم الجنس وان ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد قال ومن
حلف ليقضين دينه تقاضي الرجل دينه واح فحلف عليه ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان
قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لما ذكر في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان
زاد في التقاضي فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في
يمينه لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وسياتي في كتاب البيوع وقوله
لو جد شرط بره يعني قضاء دينه في اليوم وقبض المستحقة صحيح الا ترى انه لو اشترى بها شيئا فاخذها المستحق
بقي البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده اي برد ما قبض من الزيوف
والنبهرجة او المستحقة البر المتحقق لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كما
اذا رد البدل لكونه زيفا او نبهرجا واسترد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه
ينتقض برد المقبوض بعيبه او استحقاق لان مبناه المقاصة وقد ذلك قوله واذا وجدها رصاصا
ظاهر وقوله لان قضاء الدين طريقه المقاصة بيانه ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه
لنفسه على وجه التملك وللدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا وقد تحقق
بحجة البيع لان ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة
لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء يضاد العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة
ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها قوله فكانه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت
المقاصة بحجة البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه ان اشتراط القبض ليكون هذا الدين
مثل الدين الذي للمشتري عليه متقررا وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته
فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان وان وهبها اي ان وهب الدائن دينه المديون لم يحنث
الحالف لعدم المقاصة لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست فعله لانها اسقاط من صاحب
الدين وانما قال لم يبر لانه اعم من الحنث وكانه اشار بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة ره ومحمد
لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما حجة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على
ما تقدم قال بعض الشارحين وفيه نظر لانه يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد لان البر نقيض
الحنث فمن وجود احدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز ان يرتفعا
جميعا واقول ليسا بنقيضين على اصطلاح اهل المعقول لان غير الحالف لا يتصف باحدهما وشان النقيضين
ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد
منهما واذا تقاضى دينه فقال اقبضنه منها فحلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى
يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى
دين معرف مضاف اليه وهو اسم للكل اذ عليه فينصرف اليه والمركب ينتفي بانتفاء جزئه فاذا وجد احدهما
دون الآخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله فان قبض دينه في وزنين
ما سمح عن عرفه وما ينتقض فقال الا ملك ذلك العدد فلم يصح فقال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق

ولم يهلك الا الخمسين درهما لم يحنث لما ذكر في الكتاب وقوله ولان استثناء المائة استثناء لها بجميع اجزائها
يعني وكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلذلك لا يحنث

مسائل متفرقة اي هذه المسائل التي اذكرها مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب
في آخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين على فعل الشيء او تركه لا يخلو اما ان يكون موقتة
كيوم وشهر او مطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك تركه ابدا وان كان على
فعل بر بفعله مرة على اي وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل يشتمل
على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فوجب
عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فان فعله في صورة النفي مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة
بر وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت محل الفعل وان كان الاول لم يذكره في
الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع الياس بموته او بفوت المحل لان الوقت مانع من الاخذ
اذ لو اعل قبل مضي الوقت في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع لم يكن للتوقيت فائدة
واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر اي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد
كان الاعلام ونحوها حال ولايته خاصة وليس يلزم الاعلام حال دخوله وانما يلزم ان لا يؤخر الاعلام
حال دخوله اليها بعد موت الوالي او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شره
اي شر نفس الداعر او شر غيره بزجره فان الوالي اذا زجره وادبه للدعارة ينزجر غيره من الدعارة
لو كان في نصحه او نيته وهذا المقصود انما يفيد فائدته اذا كان الوالي قادرا على تنفيذه وذلك
بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية
احترازا عما روي عن ابي يوسف انه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضا لانه مفيد في الجملة وقوله
ومن حلف ان يهب عبده لفلان ... في الكتاب واضح واختلف اصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال يثبت
الا انه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق
عليه فلا يمكن دفع الضرر فتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من
الجانبين فكان تماما بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له
ساق قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام وقاضيخان وصدر الشهيد والمص رحمهم الله وفيه نظر لانه لم يثبت في
قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله اسم لما لا ساق له ان الريحان حقيقة
كالورد اصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة على ان نفيه في اللغة موقوف على الاستقراء التام
في اوضاع اللغة وهو متعذر وقيل الضابط بين الورد والريحان ما ينبت من بزره مما لا ...
رائحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر فله ورد ورائحة مستلذة فهو ورد ومن حلف لا يشتري
بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشراء يبنى عليه
اي على البيع وهذا في عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق
لانه اي الورد حقيقة فيه اي في ورق الورد والعرف مقرر له اي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني ان اسم الورد
على الورق حقيقة وفي العرف ايضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة وفي البنفسج

عليه اي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج يقع على ورق البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي لا على دهنه
ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا في اسم البنفسج على حقيقته

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدائرة بين
العبادة والعقوبة اورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما انها ترفع الفساد الواقع في
العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال واما سببها فسبب كل منها ما اضيف اليه كحد
الزنا حد القذف وغيرهما واما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب
وقوله الانزجار عما يتضرر به العباد غرض اصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يحد وذلك
الذنوب عنه لا بالنسبة الى التائبين كما قد ولهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه
قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى ولا
تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق * ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم
يصبح مسكرا * يخاطب رجلا يكنى ابا حاضر والخرطوم الخمر والمسكر من التسكير بفتح الكاف المخمور وتفسيره
في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما وعن شبهة الاشتباه وتمكين
المرأة من ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسل والمكلف
يخرج الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ
امرأة تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها وما اشبهه وبشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه او
مكاتبه او عبده المديون المأذون وبشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له
والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المص يعني والمراد ثبوته عند الامام وانما قال كذلك لان الزنا في نفسه
المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما انحصر ذلك لانه لا يظهر
ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى فان لم يأتوا
بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون وقوله ... ظاهر على البدن والمعتبر ضده يتصل ببدنه
ويسري الى باطنه من لحوق العار بانتسابه الى الزنا قوله فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر وقوله
ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر احترازا عن قول من يقول ان اشتراط الاربع لان الزنا لا يتم الا
باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة
شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده وشرط زيادة
العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله والستر مندوب اليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اصاب منكم
من هذه القاذورات فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستر الله في الدنيا والآخرة والاشاعة ضده
اي اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان موصوفا الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم كان الستر امرا مندوبا
اليه كانت الاشاعة امرا مذموما واذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو احترازا عن الغلط في الماهية
وكيف هو احترازا عن الغلط في الكيفية واين زنا احترازا عنه في المكان ومتى زنى احترازا عنه في الزمان
وبمن زنى احترازا عنه في المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء العقل والنقل اما الاول
فلما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا الى ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكتها لكونه صريحا في الباب

والبا فى كتابة واما المعقول فلان الاحتياط فى ذلك واجب لانه قد كان الفعل فيه غير الفرج عناه فلا يكون
ماهية الزنا ولا كيفية موجودة او فى بغداد الحرب وهو لا يوجب الحد او فى المتقادم من الزمان وذلك
يسقط الحد او كانت له فى المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطئ جارية الابن فيستقصى فى ذلك
احتيالا للدرء فاذا بينوا وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها بيانا لماهيته والمزنى بها كالميل فى المكحلة
فى بيان كيفيته وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم فلم يكتف بظاهر العدالة
احتيالا للدرء ولان النبى عليه السلام قال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر
الحقوق عند ابى حنيفة رح حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتى فى
باب الشهادات ان شاء الله تعالى قال فى الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب
ولا يظفر به بعد ذلك ولا وجه الى اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فى ما
بنى على الدرء فان قيل الاحتياط فى الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق
التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه
وبين المديون سيأتى ان شاء الله تعالى **قال** والاقرار ان يقر العاقل البالغ صورة المسئلة
ظاهر على ما ذكره **قوله** اعتبارا بسائر الحقوق يعنى فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة دون
الاقرار فكذلك ههنا **وقوله** بخلاف زيادة العدد فى الشهادة يعنى انها تفيد زيادة طمأنينة فى القلب
وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز رض فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال زنيت
فطهرنى فاعرض عنه فجاء الى جانب الآخر وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل
ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان فى المرة الرابعة قال النبى عليه السلام
الآن اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك باشرتها فابى الا ان يقر بصريح الزنا فقال عليه السلام
ابك خبل ابك جنون وفى رواية بعث الى اهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأل عن احصانه
فاخبر انه محصن فامر برجمه وعن ابى بريدة رض قال كنا نتحدث فى اصحاب رسول الله ان ماعزا لو قعد فى
بيته بعد المرة الثالثة لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على ان هذا الحكم كان متعارفا
فيما بينهم ووجه الاستدلال بالحديث ما اشار اليه بقوله فانه اخر الاقامة وبيانه ان رسول الله
اخر اقامة الحد الى ان تم الاقرار مرة واحدة اربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر
لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتأخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قائل
الامام يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطئ لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب
الحد بعد لان العقر والحد لا يجتمعان فى وطئ واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما عرف حجة
لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان
لم تتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبى عليه السلام لانه استراب فى عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير
اللون الا انه لما اصر على الاقرار وهو دام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال فقال
ابك خبل ابك جنون اجيب اما تغير الحال فدليل التوبة والخوف من الله لا دليل الجنون وانما
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابك جنون تلقينا لما يدرء به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا

لعلك قبلتها

الى الوطئ

الى الوطئ بشبهة فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روى ان
ابا بكر رض قال لماعز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم **قوله**
ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره ان سائر الحقوق
ليس نصاب الشهادة فيه اربعة ونصابها ههنا كذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست
فى سائر الحقوق فكذلك فى الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس
لما روينا من انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات فى اربعة مجالس ولان
لاتحاد المجلس اثرا فى جمع المتفرقات فعنده اى عند الاتحاد يتحقق شبهة الاتحاد فى الاقرار والاصل
الى ما جاء فى حديث ماعز من اقراره خمس مرات فكان منها مرتان فى جهة واحدة فلم يعتبر ذلك ولم يذهب
اليه احد من المجتهدين والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه فى دفع الحد وفى بعض النسخ فيعتبر
اختلاف مجلسه اى فى وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضى ورده المص بقوله دون مجلس القاضى
وقوله والاختلاف بان يرده القاضى ظاهر **قوله** لان التقادم انما يمنع الشهادة دون الاقرار دليله
ان التقادم فى الشهادة مانع لتهمة الحقد وهى غير موجودة فى الاقرار وسيأتى بيان التقادم فى
باب الشهادة على الزنا **وقوله** كما اذا وجب بالشهادة يعنى ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد
شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فيعتبر احديهما بالاخرى وصار
كالقصاص وحد القذف لا يبطلان بالرجوع بعد الثبوت بالاقرار **قوله** فيتحقق الشبهة فى الاقرار
يعنى بالتعارض الواقع بعد الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما **وقوله** وهذا قريب
من الاول فى المعنى اى قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها فى المعنى من
حيث ان كل واحد منهما ملقن للرجوع لما انه لو قال فى كل واحد منهما نعم سقط الحد

فصل

فى كيفية الحد واقامتها

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه
وقوعا فاخر ذكره وكلامه واضح **وقوله** وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله عنهم اى على وجوب الرجم اذا
كان الزانى محصنا وذهب الخوارج الى ان الحد فى الزنا الجلد لا غير لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد وذلك
خرق منهم للاجماع على ان حديث ماعز رض مشهود تلقته الامة فى الصدر الاول بالقبول والزيادة
على الكتاب بمثله جائز **قوله** فان امتنع الشهود قال فى الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم
او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او اخرس او جن او ارتد او قذف فحد لم يرجم المشهود عليه
فى قول ابى حنيفة ومحمد رح واحدى الروايتين عن ابى يوسف رح وروى عنه انهم اذا امتنعوا او غابوا
رجم الامام والناس وكذا فى الذخيرة ايضا فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود
عن الرجم بعد الحضور الى آخره وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا او غابوا واذا سقط بامتناع
احدهم هل يحد الشهود اولا ذكر فى المبسوط انه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وانما
امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان ظاهر الرواية
يفضى الى اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فتأمل والغامدية امرأة من غامد حى من الازد وفى حقها
لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له **وقوله** الا انه امتنع فى حق المحصن بيانه ان قوله تعالى الزانية

الزانى فاجلدوا الاية عام فى المحصن وغيره الا انه انتسخ فى حق المحصن باية اخرى نسخت تلاوتها وبقى حكمها
روى ابن عباس رضه ان عمر بن الخطاب رضه خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق
وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه اية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم
ورجمنا من بعده وانى خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قايل ما نجد اية الرجم فى كتاب الله تعالى
فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت
البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله لكتبتها بيدى الشيخ
والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة
فلم ينكر عليه احد فكان هذه الاية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا فى حق المحصن وانتسخت تلاوتها
بصرفها عن القلوب بحكمة يعلمها الله قوله بسوط لا ثمرة له قال فى الصحاح ثمر السياط عقد اطرافها وفيه
ما يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعنى العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا كان له ذلك
يصير الضربة ضربتين وهذا اصح لما روى ان عليا رضه جلد الوليد بسوط له طرفان وفى رواية ذنبان
اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور فى الكتب والمبرح ماخوذ من برحاء
الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبريحا اى غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذى هو العضو
وهو جمع على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفحل وبين الذكر الذى
هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع ان المراد به هو الوجه لانه اراد بذلك العضو المعين
وما حوله كقولهم شابت مفارق رأسه كذا فى الصحاح قوله من دعاة الكفرة الدعاة جمع داع
كالقضاة جمع قاض اى كان يدعوا الناس اليهم وقوله لانه زيادة على المستحق قالوا الان يجزهم عن
الضرب قايما فلا بأس ح ان يشد على سارية او نحوها قال وان كان عبدا او امة ان كان
من زنى عبدا او امة جلده الامام خمسين جلدة لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود ان
يدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكان هذا الاسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب الفجور
فيهن ودعوتهن اليه غالبة كما فى تقديمهن فى قوله تعالى الزانية والزانى ثم العذاب المذكور فى الاية
الجلد دون الرجم لانه لا ينتصف قوله لان الجناية عند توافر النعم اخش اصله قوله تعالى يا نساء
النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله لما روينا يعنى من حديث على
يضرب الرجال فى الجلد قياما والنساء قعودا الثندوة بفتح الاول والواو وبالضم والهمز مكان
الواو والدال فى الحالتين مضمومة ثدى الرجل او لحم الثديين والهداية انما هى بسكون الميم منسوب
الى همدان بسكون الميم حى من العرب قوله لما روينا يعنى من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة
وقوله والربط والامساك غير مشروع يعنى الان يعجزهم كما ذكرنا وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
ادفع الى الولاة وذكر منها الحدود ورواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهم والثلث
الباقية الصدقات والجمعات والفىء قوله ولان الحدود حق الله تعالى حق مشروع يتعلق به نفع
العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول ما لنا وما علينا وقوله على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه

مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها ولهذا
يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المرأة ولا باباحة اهلها وتمام التقرير فيه مذكور فى التقرير
قوله واحصان الرجم انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجى ان شاء
الله تعالى احصان الرجم مشروط بسبع شرايط ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا
ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا قول المتقدمين واما المتأخرون فقد قالوا شرايط الاحصان
على الخصوص منها شيئان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هى مثله وهذا الشرط الثانى مركب
من ثلثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما واما الحرية فشرط
تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف وافق المتأخرين فى جعل العقل والبلوغ شرطا لاهلية
العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة تتغلظ عند تكثرها وتغلظ بسبب
اغلظ العقوبات وهذه الاشياء من جلائل النعم تكفرانها يكون سببا لافحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة
الى الموت فيكون ثبوت الحكم بعد وجودها وانحصار الشرايط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد شرع عند
استجماعها فيناط بها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلائل النعم ايضا الا ان الشرع
لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالرأى متعذر قوله ولان الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرايط
يتضمن ان لها مدخلا فى الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية ممكنة من
النكاح الصحيح لان الحر يتولى امور نفسه ليس تحت ولاية احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطى الحلال
لا محالة والدخول به يشبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل
مزجرة عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر اغلظ ولقائل ان يقول لمن العلم باحوال الاخرة وما يترتب
على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة اجلا من الزواجر لا محالة والجمال فى المنكوحة مقنع للزوج عن
النظر الى غيرها والشرف مردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب ان يكون من شرايطه والجواب
ان المسلم الناشئ قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به فلا يكون
معتبرة واما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان عند الدخول فنذكره والشافعى يخالفنا فى اشتراط
الاسلام وكذا ابو يوسف رح فى رواية مستدلين بما روى مسندا الى ابن عمر رضه ان اليهود جاؤا الى
النبى عليه السلام فذكروا له ان رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون
فى التورية فى شأن الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فأتوا
بالتورية فنشروها فجعل احدهم يده على اية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله
ابن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها اية الرجم فقالوا صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم
فرجما قلنا ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده ما روى اصحابنا فى كتبهم عن ابن عمر رضه من اشرك بالله فليس
بمحصن قوله والمعتبر فى الدخول الايلاج اى الرجم فى القبل على وجه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به الاحصان
من الجماع وفيه نظر لانه ينافى ما تقدم من قوله والاصابة تشبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال
لا بالايلاج عرف ذلك فى حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقى من عسيلته بالتصغير
قوله وشرط صفة الاحصان فيهما ظاهر وقيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة وجب

بان صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقد مرّ وابو يوسف رح يخالفهما في الكافرة اي في ان اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزاني عنده وليس بشرط حتى لو دخل المنكوحة الكافرة يصير محصنا والحجة عليه اي على ابي يوسف رح ما ذكرنا من قوله ولانه لا ائتلاف مع الاختلاف في الدين قوله وقوله عليه السلام معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ذكره شمس الائمة السرخسي مرسلا في مبسوطه قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية عن احمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا ان النبي عليه السلام لم يجمع بينهما في ماعز رضه ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده رضي الله عنهم وحديث عبادة بيان لقوله تعالى او يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز رضه بعده فيكون ناسخا قوله ولا الجلد يجري ظاهر قوله والا في ان يجمع بينهما حدا الا في حد الزنا ما يتنفي الرجل والمرأة جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان التغريب من تتمة الحد فكما ان الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفون من الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والنفي قاطع لذلك ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء ورجوعا الى المصدر ومعناه ان الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقرار كلامهم انه هو الجزاء الا ترى اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاء الشرط الا ما هو المذكور بعد الفاء قوله او الى كل المذكور اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكر كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء يحتاج اليه فلم يتبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز وقوله ولان في التغريب ظاهر وقوله ثم فيه اي في التغريب قطع مادة البقاء يعني ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا او زيادة شهوة قوله وهذه الجهة مرجحة لقوله على نقل بفتح الجيم وبكسرها فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لصحة ما قلناه ووجه الكسر ان الخصم يكر صحة نقل قول على رضه فقال المص به هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول علي رضه فكانت اللام للصلة داخل على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكوة فاعلون وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل ان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة اجيب بان هذه الجهة ابت بشبهة الحد بل هي نافية مع ان النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع بذكر التعليل يرجح بعضها بعضا وما ادى اختيار المص رح لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية قوله والحديث يعني قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين ان الناسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزانية في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه السلام

خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله الزانية والزاني والدليل على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني ان النبي عليه السلام قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لما قال عليه السلام خذوا عني الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين واليه اشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه اي دل انه حديث العرنيين دال على انه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل الدال على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرناه ما ذكره في النهاية وبتعبيره قرائث رحمهم قوله الا ان يرى ذلك مصلحة استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راى الامام تغريب الزاني مصلحة له فعادته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه للامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضه روي ان ابا بكر رضه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضه سمع قائلا يقول بالمدينة ليلا:
هل من سبيل الى خمر فاشربها • او هل سبيل الى نصر بن حجاج
الى فتى ماجد الاعراق مقتبل • سهل المحيا كريم غير ملجاج
فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان رضه جلد نائبا ونفاه الى مصر وعلي رضه جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير قوله واذا زنى المريض الى آخره ظاهر قوله قال للغامدية روي ان الغامدية رضه لما اقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا واقرت فقال ارجعي حتى تستغني ولدك فقالت اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربيته ولدها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمها فدل ان الحكم هو التأخير في هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرتب

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجبه وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في اول كتاب الحدود وذكر المص رح ههنا واعترض بانه غير منعكس لان الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل وهذا لا يحد فاذا زنا بالتي في حقها القذف وبهذا التعريف وهو قوله وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه واجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجيء بعد هذا ان كل موضع يجب فيه الحد على المرء والرجل يجب على المرأة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات فلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقق الزنا وتقرير كلامه انما اعتبروا ان يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الشبهة ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في محظور عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه اي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليس بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى انه لو قال علمت انها تحرم علي حد وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وتسمى شبهة ملك ايضا فانها لا توجب وان قال علمت انها حرام علي فالاول يتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امرأته تحل له بناء على ان الوطي نوع

تعريف الشبهة

استخدام والاستخدام بحل لمكان الوطء فيكون تحققها بالنسبة الى الظان والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي
للحرمة في ذاته لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها وهذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط
بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن في الاولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير والنسب يثبت
في الثاني اي في الوطء الثاني وقيل اي في المذكور الثاني والاولى ان يقال في النوع الثاني اذا ادعى
الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض اي خلص زنا في الشبهة الاولى وان سقط الحد لامر
راجع اليه اي الى الواطئ وقيل هذا ليس يجري على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت فيها النسب لان هذا
وطء في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلعة والمطلقة ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلاثا
وعد شبهة الفعل وهي ثمانية مواضع كما ذكرنا فاذا قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الانسان ينتفع بمال
من ولاه حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمنع الحد وان قال الرجل علمت انها
حرام علي وقالت الجارية ظننت انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المرأة فلدعوى الشبهة واما الرجل فلان
الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجي فان قيل ما وجه الاشتباه
في المطلقة الثلث حتى لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلاق
الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين
فان قيل بين الناس اختلاف ان من طلق امرأته ثلثا بل يقع او لا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط
الحد اجيب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن
بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه فان قال علمت انها علي حرام على ما يجي وشبهة ام ولد
اعتقها مولاها هي مثل ما قلنا في المطلقة ثلثا وهي في العدة من قيام حق الفراش وكان الظن في موضع الاشتباه
وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز ان يظن حل الانبساط
فيها بالوطء والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود يعني اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لي
لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن او لم يدع كما في الجارية المشتركة لانه وطء جارية
انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه او لم يشتبه قياسا على الوطء بجارية اشتراها
على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن
واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره في كتاب
الحدود هو ان عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها
لا يفيد ملك المتعة بحال فلا يورث قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه كما في
الجارية المستأجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع الاشتباه لان ملك المال في المحل سبب لملك
المتعة وان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل يثبت بهذا العقد ملك
المتعة او لا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال
فقد اشتبه عليه الا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال
حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك
وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة

ثم تعد الشبهة في المحل وهي ستة مواضع على ما ذكره جارية ابنه لقيام المقتضي للملك وهو قوله عليه السلام انت ومالك
لابيك والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية او بائنة والجارية المبيعة
في حق البائع قبل التسليم لان اليد التي كان بها مسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل والمهورة
في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد والمشتركة لقيام الملك في النصف والمرهونة في حق المرتهن في
رواية كتاب الرهن وقد ذكرنا وجهه ففي هذه المواضع لا يحد بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة
هو ان ما كان راجعا الى الفاعل والقابل وثم شبهة اخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفة تثبت به سواء
كان العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة او جاهلا بها وعند العلماء الثلاثة
لا تثبت اذا علم بحرمته ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا اي هذا الذي ذكرنا
من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهي واضح مما ذكرنا. وقوله وقد نطق الكتاب يعني قوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه يرد قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول
اذا طلقها ثلثا جملة لا تقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شيء اصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون انه
قول علي رضي الله عنه لانه خلاف لا اختلاف والفرق بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصد
واحدا والخلاف ان يكون كلاهما مختلفا وقوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر قوله في حق النسب يعني النسب
باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فانه لا يثبت وقوله وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف
مع ذلك اي كذلك الحكم اذا نوى من الفاظ الكناية ثلثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها حرام علي
لان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم لا يرتفع بنية الثلث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد قوله ولا حد على
من وطئ جارية ولده وولد ولده يعني وان كان ولده حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة
قائمة في حق الجد قوله وقد ذكرناه اي في باب نكاح الرقيق وقوله وكذا اذا قالت الجارية معطوف على قوله
وقال ظننت انها تحل لي وقد قدمناه. قوله في الظاهر يتعلق بقوله وكذا اي لا حد على العبد في ظاهر الرواية لان
الفعل واحد فورود الشبهة في احد الجانبين يكفي في اسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى
البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك ايضا واحد اجيب بان سقوط
الحد عن جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت في
فعل واحد من احد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الآخر وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها
تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم لما بينا يعني قوله لانه لا انبساط في المال فيما
بينهما فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال اخيه او اخته لا يقطع اجيب بان بعضهم هنالك
يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هنالك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز واما
هنا فالحل دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد قال ومن زفت
اليه غير امرأته هذا من باب الشبهة في المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع له العمل به وهو الاخبار
بانها امرأته فيجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك
كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولد ثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت
وكلامه واضح قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط

الفرق بين الخلاف والاختلاف

بهذا الفعل لانه يبني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه وجه الظاهر
ان الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله لانه قد
ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مفضيا
فيجب الحد كذا في الايضاح ومن تزوج امراة لا يحل له وطؤها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح ولكن يوجع
عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد رح يجب عليه الحد اذا كان عالما بذلك لان هذا
عقد لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله يلغو كما اذا اضيف الى الذكور قوله وهذا لان محل التصرف
بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي
حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده وهو التوالد [illegible] وبنات آدم
قابلة لذلك وقوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه اصلا او في وقت دون وقت والاول
ممنوع لانه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لا يجوز ان يكون شبهة
في درء الحد فان الفعل لا يقع زنا لا لغة ولا شرعا ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا
وغيره الا بالعقد والفرض وجوده واولاد اهل الذمة من محارمهم لا ينسب الى الزنا في العرف وهم
يقرون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه واذا ثبت ان العقد صادف محله
كان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا
فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر
قوله ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج اي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين عزر لانه فعل منكر
ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امراة في قبل يريد اجنبية لانه اذا اتى امراته او مملوكته في الموضع المكروه
اي الدبر لا يجب حد الزنا عندهما ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لان من الناس
من يستحله بقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم من غير فصل بين محل ومحل او عمل عمل قوم لوط
فلا حد عليه عند ابي حنيفة رح ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد
حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا وهو احد قولي الشافعي رح وقال في قول آخر
يقتلان في كل حال سواء كانا محصنين او لم يكونا لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول وروي
فارجموا الاعلى والاسفل وقوله انه اي اللواطة في معنى الزنا وقيل اي كل واحد من العمل في الموضع المكروه
وفعل اللواط وفي بعض النسخ انهما في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على
وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواط بالدلالة لا بالقياس لان
القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات ولانه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه
من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك من
الحبس في انتن المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا ولا هو في معنى
الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا وكذا هو اندر وقوعا من الزنا
لانعدام الداعي في احد الجانبين يعني على ما هو الجبلة السليمة والداعي الى الزنا من الجانبين واذا
لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس والقياس في مثله باطل وما رواه من قبلهما او وجهها

نكاحها م

محمول على السياسة او المستحل لكفره بذلك الا انه يعزر عنده اي عند ابي حنيفة رح لما بينا انه ارتكب جريمة
وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والرأي الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء
ضربه وحبسه قوله الا انه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في
معنى الزنا في كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش ولا في وجود الداعي لان طبع
السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره اي ستر فرج البهيمة
فانما اضمر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكما الا انه يعزر لما بينا انه
ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روي ان النبي عليه السلام قال من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو
ثبت فتاويله مستحل ذلك الفعل والذي يروى انه يذبح البهيمة وهو ما روي عن علي بن ابي طالب رضي
الله عنه ان رجلا اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا يعير بها الرجل
اذا كانت البهيمة باقية لا انه واجب قال ومن زنى في دار الحرب ومن زنى في دار الحرب او في دار
البغي ثم خرج الينا واقر عند الامام بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعي رح يحد لانه التزم باسلامه
الاحكام اينما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يقام الحدود في دار الحرب ووجه التمسك
به انه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل احد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد
في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل
هذا الحديث معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل اجيب بان مواضع الشبهة خصت عن ذلك فيجوز
التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا الطريق الشارحون وفيه
نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو ان التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وهو
ليس في الآية بموجود ويجوز ان يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله كل واحد منهما فان
الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم
فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس قوله لان
المقصود هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء
والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعري عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا
لم ينعقد موجبا لا يقام بعدما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وانث الضمير في قوله لانها لم ينعقد
بتاويل الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة او بتاويل الوطأة قوله ولو غزا
وقوله في معسكره اشارة الى انه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها لم يقم عليه الحد
والسرية قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا اربعمائة وقوله واذا
دخل حربي دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا في هذه المسألة شمول الوجوب في الذمي والذمية
وشمول العدم في الحربي والحربية عند ابي حنيفة رح وهذا الشمول لا يتغير لمغايرة احد الطرفين للآخر
لكونه حربيا او ذميا او ذكرا او انثى وعند محمد رح عدم التغير ثابت في جانب الحربية واما في جانب
الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا يحد الحربية وفي العكس
لا يحدان وهو قول ابي يوسف رح اولا وقال آخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها لان المستامن التزم

خرج ملام

احكامنا منع معامدن فى دارنا كما ان الذمى التزمها منع عمع دمن التزم احكامنا نفذ عليه كالمسلم والذمى
ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا ولو قيل لو كان كذلك لا قيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا اجاب
بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قلت هو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغى ان لا
يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف
حرام فى دينهم فاباحتهم ذلك ليست بدين وانما هو هوى وتعصب ولابى حنيفة ومحمد رح ان التزام الاحكام انما
هو بالتزام القرار فى الدار لان الانتصاف يكون من دارنا انما يكون من ذلك والحربى ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة
كالتجارة ونحوها لم يصر من اهل دارنا ولهذا تمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به واذا
لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد
لانه لما لم يدخل الا طامعا فى الانتصاف اى العدل لاجله على غيره يلتزم الانتصاف اى لغيره عليه لان الغرم
بازاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخلا فى الانتصاف واما حد الزنا فمحض حق
الشرع فلا يكون داخلا فيه فلما فرغ من الجواب عن قول ابى يوسف شرع كل منهما فى اثبات ما ذهب اليه فقال
محمد رح الاصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما ياتى فامتناع الحد فى حق الاصل فيما اذا زنى
الحربى بذمية يوجب امتناعه فى حق التبع والا لا يكون تابعا فكان خلفا واما الامتناع فى حق التبع فيما
اذا زنى الذمى بحربية فلا يوجب امتناعه فى حق الاصل والا لكان مستتبعا وكان اصلا والفرض انه تبع
وذلك وذلك خلف باطل نظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونها لان الامتناع
فى حق التبع لا يستلزمه فى حق الاصل وتمكين البالغة من الصبى والمجنون فانه لا يجب الحد عليها لان الامتناع
فى حق الاصل مستلزمه فى حق التبع ولابى حنيفة رح ان فعل الحربى المستامن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات
على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا ولهذا لو قذفه قاذف بعد الاسلام لم يلزمه الحد
الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى ثم ابلغه مأمنه واذا كان كذلك كان تمكين المرأة
منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنى يوجب الحد بقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا فيجب الحد عليها
لوجوب المقتضى وانتفاء المانع بخلاف الحربى لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه والمراد بالحرمات ثبوت
الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهى فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث المترتب تضعيف العذاب
عليهم قوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع
كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة الى قول بعض
اصحابنا فانهم قالوا غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة السرخسى ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا
يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات قوله بخلاف الصبى والمجنون جواب عن مستشهد محمد
على ان سقوط الحد عن الاصل يوجب السقوط عن التبع ووجه ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبى
والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربى مخاطب
ففعله زنا والتمكين من الزنى زنا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة
عنده وعند محمد رح لا تحد قال واذا زنى الصبى او المجنون صورة المسئلة ظاهرة ووجه قوله
والشافعى رح قياس احد الجانبين بالآخر فان العذر من جانبها كما فى صورة الاجماع لا يوجب سقوط الحد

من جانبه فكذلك العذر من جانبه وهو فى الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها لو كان التمكين اى كلاهما
مؤاخذ بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آنفا لمحمد رح فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين احدهما
ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لم يوجب عدمه على
التبع فليكن نفس الحد كذلك والثانى ان الصبى او المجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغى ان يجب المهر عليه لان
الوطى لا يخلو عن احد الموجبين اما الحد او المهر وقد ورد فى الذخيرة انه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته
المرأة واجيب عن الاول بانه لا يلزم من احصان الثانى احصان الزانية لان الاحصان موقوف على
شرائط اخر ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام
السبب مقام المسبب فى حقها وعن الثانى بانا لو اوجبنا المهر على الصبى فيما اذا طاوعته لخلا الايجاب عن
الفائدة لان لولى الصبى الرجوع عليها فى الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت آمرة للصبى بالزنا معها
وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المرأة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت
مكرهة او صبية فان المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح امرها العدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة
المكرهة فايجاب المهر كان ثمه مفيدا اذ ليس لولى الصبى ثم ان يرجع عليها بمثل ذلك قوله ومن اكره السلطان
الى آخره ظاهر وقوله وعليه المهر فى ذلك يعنى فى كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان
قيل ينبغى ان لا يجب المهر فيما اذا اقرت المرأة بالزنا لانها نفت وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهى منكرة
للنكاح اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعى النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه
فى هذا الوطى لانه فى دعواه اما ان يكون مصدقا او مكذبا فان كان الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان
الثانى فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال فى باب الحدود ملحق باليقين احتياطا لله تعالى فيسقط الحد
وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطى لا يخلو عن غرامة او عقوبة واذا تحقق الملزوم بدون اختيار تحقق
اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته قوله ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة انما وضع المسئلة
فى الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل
ذلك مع الحرة يجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان فى شبهة عدم وجوب الحد عند اداء الضمان
انما تتاتى فى حق الجارية لا فى حق الحرة لان الامة تصلح ان يكون ملكا للزانى عند اداء الضمان بشبهة ان
لا يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينها وهو قول ابى يوسف رح فى هذه المسئلة
وقوله وهو على هذا الخلاف اى شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند ابى حنيفة
ومحمد رحمهما الله يحد خلافا لابى يوسف رح وكان فيه رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف فى المشتراة بعد
الزنا مذكور فى ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه ولهما ان هذا الضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك
لانه ضمان دم والدم لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والميت ليس
بمحل للملك قوله ولو كان يوجبه يعنى سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه فى العين كما ذكر
فى هبة المسروق لا فى منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم يكن قابلة الملك حالة الضمان ولا يستند
لان المستند لا يظهر فى المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبين
لئلا يشترط الوجود كما فى الحيض دونه فى باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون فى حكم منتفيا بغاية

يتعذر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله وهذا بخلاف ما اذا
زنى بها جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف رح كما قدمناه وتقريره ان الزاني بالنعمان يملك الجثة
العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي عين موجودة فيورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على اصل الجواب
دون التنزل فان للقائل ان يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى اعني المنافع لكونها
معدومة فاما اذا نظرت الى اصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم وهو ليس
بعين ملك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى التنزل ايضا وان الملك وان كان ثابتا فيها ايضا لكن فيه
شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء لثبوت الملك فيها
حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المص ما يشير الى هذا اصلا وكل شيء صنعه
الامام الذي ليس فوقه امام وهو الخليفة فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال
لان الحد حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره قال صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وعد منها اقامة
الحدود وكلامه واضح واما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله
وللقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لا يحد المستامن اذا قذف كما لو زنى وقد تقدم
انه يحد لانه حق العبد والجواب ان حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق
وما يليق بالحربي ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام ان يكون حق الله لانه ليس فوقه امام
يستوفيه منه

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا ان
ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد الشيئين لا غيرهما الاقرار والشهادة واخر الشهادة هنا عن
الاقرار لعلة ثبوت الزنا بالشهادة وقد تقدم هو تحقيق بقتل في السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذا
رؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة قال
واذا شهد الشهود بحد متقادم اذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم يقبل شهادتهم
الا في حد القذف خاصة واعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح وهي تعديل ما يوجب الحد
صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذي استفاده منه بعض المشايخ فيه ستة اشهر في
التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود ايضا حد القذف في شهادة
بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح
ومعنى قوله مخير بين حسبتين اجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر
والجمع الحسب قوله بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك
لو شهد الشهود بسرقة متقادم لم يقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط
الدعوى ووجهه لا نسلم ان الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما
هي شرط المال وهو حق العبد وقوله ولان الحكم يدار جواب آخر وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم
في الحدود الخالصة حقا لله تهمة الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كونه
الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد او لا كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة
في كل فرد من افراده قوله ولان السرقة جواب آخر وتقريره ان السرقة تقام على الاستسرار لانها توجد في ظلم الليالي

معنى الحسبة

حد التقادم

غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عالما بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد فيجب على الشاهد اعلامه فاذا كتم
صار آثما وقوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة ظاهر قوله لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان المقصود من
القضاء في حقوق العباد اما الاعلام او القضاء او التمكين من له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان
يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه على الاستيفاء واما في حقوق الله تعالى فخلو من هذين المعنيين
فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله
واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرنا وهكذا اشار
الطحاوي وابو حنيفة رح لم يقدر في ذلك نقل لنا طونه الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة
ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد رح انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو
رواية عن ابي حنيفة رح ذكره في المجرد قال ابو حنيفة رح لو سال القاضي متى زنى بها فقال منذ اقل من شهر اقيم
الحد وان قال شهرا او اكثر درئ الحد قال الشافعي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد
واصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وقوله وهو الاصح
يعني تقدير التقادم بشهر وقوله وهذا اي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة
شهر اما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة قال واذا شهدوا على
رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا انه سرق
من فلان وهو غائب لم يقطع والفرقان ان بالغيبة تنعدم الدعوى لانها لا تصح على الغائب وهي شرط في السرقة
دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لانه شبهة الشبهة فالمعتبر هي الشبهة دون
النازل عنها لئلا ينسد باب اقامة الحدود وبيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط
لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب فاذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة في
المعنى شبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان احد اولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال
ان يحضر الغائب فيعفو بالعفو لانه لو حضر واقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته فاذا كان غائبا
يثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته وان شهدوا انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته او امته
بل هو الظاهر لان الظاهر من حال المسلم ان لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وامته وبين غيرها
الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك اي بالزنا بامراة لا يعرفها حد لانه
لا يخفى عليه امراته او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد
عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق الفريقين
على الموجب للحد وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان طواعيتها
شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهم فيه وعدم الوجوب في حقها لمعنى فيها غير مشترك لا يمنع الوجوب
في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطئ الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة رح ان المشهود به
قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهو هنا
الطوع والكره وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما
متعذر فكان كل واحد منهما فعلا خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة فوقع

ولان شاهدى الطواعية دليل آخر وتقريره لان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم فاذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضى اقامة حد القذف على شاهدى الطواعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه قوله وان شهد اثنان انه زنى بامرأة ظاهر قوله خلافا لزفر يعنى انه يقول يحدون لان شهادتهم لم يقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يعنى شبهة اتحاد المشهود به وتقريره ان الشبهة دارئة فى الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم اهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة فى زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم الى اتحاد المرأة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة الاتحاد فى المشهود به فيدرأ الحد فيه والحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود وبالنظر الى الثانى لم يحد المشهود به قوله وان اختلفوا فى بيت واحد فيه الرجل والمرأة ظاهر ولا يقال بان ذلك احتيال لوجوب الحد والحد ويحتال الى درئها لا الى اثباتها لان هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة فى مسئلة الاكراه والطواعية على مذهب ابى حنيفة رح بان يحمل على ان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع اجيب بان كل ما ذكر فى مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين ان يكون اكراها من اوله الى آخره وبين ان يكون اوله اكراها وآخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من اوله الى آخره اكراها او اوله اكراها وآخره طوعا فلما كان كذلك كان فى شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرناه قال وان شهدوا اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة تصغير النخلة التى هى واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والباء المنقوطة والجيم تصحيف لانها اسم حى من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لانه ايضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله فلاحتمال صدق كل فريق يعنى ان احتمال الصدق فى كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف قوله درئ الحد عنهما وعنهم توضيحه ان الزنى لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا فى اسقاط الحد فيسقط عنهما وانما عنهم فلان تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقبول قول النساء ولا مدخل لقولهن فى اثبات الحد قوله فان شهد اربعة على الرجل بالزنا وهم عميان ظاهر وقوله ولان الزنا يثبت بالاداء اى يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبيد والعميان والمحدودين فى القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة وقوله لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل يعنى بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا امر بالتثبت دليل على ان الفاسق من اهل الاداء لانه لو لم يكن اهلا لما امر بالتثبت الا ترى ان العبد اذا شهد فهو يرد ولا يثبت وذكر الامام قاضى خان رح ان الشهود ثلثة شاهد اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهل الاداء كالاعمى والمحدود فى القذف وهذا ينعقد النكاح بهما فان

نقص الشهود على اربعة حدوا لانهم قذفوه اذ لا حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين على امر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة اداء الشهادة ايضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم يوجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة وقوله وان شهد واربعة على رجل بالزنا ظاهر قوله وعندهما يضمنون يعنى ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات قوله وصار كالرجم والقصاص يعنى اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية وجه ابى حنيفة رح ظاهر وقوله فى الصحيح يعنى فى الصحيح من الرواية وذكر فى مبسوط فخر الاسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه امر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذا الوجه وقع فعل تعديا فيجب عليه الضمان وذكر فى الايضاح فى هذه المسئلة لابى حنيفة رح وجها حسنا وهو ان الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوده فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان قوله لما فيها من زيادة الشبهة معنا ولما فيها من شبهة زادت على الاصل لم يكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة تمكن فيه زيادة ونقصان وقوله اذ هم قائمون مقامهم اى الفروع قائمون مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان الموضع الذى يقبل فيه شهادة الفروع يقبل شهادة الاصول فى الموضع الذى يرد يتعدى ردها الى شهادة الاصول لحروج فى ذلك شبهة قوله ولا يحد الشهود يعنى الاصول والفروع لان عددهم متكامل والاهلية موجودة وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهى شبهة عدم التحمل فى الفروع وشبهة الرد فى الاصول وهى كافية للدرء لا للايجاب لان الشبهة تسقط الحد لا توجبه قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا هذا شروع فى بيان الرجوع عن الشهادة فى الزنا وكلامه واضح وقوله لانه ان كان قاذفا فحى قد بطل بالموت يعنى لان حد القذف لا يورث وان كان قاذف ميت مرجوم بحكم القاضى وذلك انه لم يسقط الاحصان فلا اقل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسبتين جميعا فيحصل الحاد قذفا للميت واذا انقلب قذفا فقد انفسخت حجيتها واذا انفسخت حجيتها انفسخ ما ينبنى عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضى فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذف فان قيل قيد بقوله فى حقه لانه زعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه فى حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه لان قضاء القاضى فى زعمه صحيح فقد قذف واقعا فى غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل ان يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهما وجب الحد لا محالة فان كان قائما فى زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض ايضا بان احد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذلك الا لان القذف ان ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر رح ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف واجيب بان احدهم اذا ظهر عبدا علم ان شهادتهم لم يكن شهادة بل كانت قذفا

في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحد
وان كان رجما فقذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع
انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد قوله فان لم يحد الشهود عليه ظاهر قوله ولنا ان
كلامهم قذف في الاصل يعني لكونه صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك اذا صار شهادة باتصال القضاء به
فاذا لم يتصل بقي قذفا وهذا ينافي ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وهنا
قال انها قذف وانما تصير شهادة باتصال القضاء ويمكن ان يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه
قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول
من يقول ان فيما قال اصحابنا مواخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر
اخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مواخذ بذنبه لا بذنب غيره
قوله وان كانوا حدوا فرجع احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك قوله فلما ذكرنا اشارة الى
ما قال من قبل ان الشهادة انما تنقلب قذفا الى آخره ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثاني لم
يبق من الشهود من يتم به الحجة فقد انفسخت الشهادة في حقهما فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع
لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه
الحد اجيب بان الحد لم يجب لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال
المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقدم لا بزوال المانع ولو اعتبر بهذا المعنى
القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لم
تثبت اصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا التزكية من
زكى نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم
فظهر الشهود مجوسا او عبيدا فالدية على المزكين عند ابي حنيفة ره معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال وانما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا ان يكون الرجوع
بان يقولوا اخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا
بحالهم وهو محل النزاع قال قبل هذا اي قالوا يعني لو قالوا اخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق
فان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا فكان
كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الا ان اولئك اثبتوا احصانا لا تمتد
في الزاني وهؤلاء اثبتوا احصانا لا حرية في الشاهد فكما لا ضمان على اولئك فكذلك على هؤلاء قوله
ولهذا ان الشهادة ظاهر قوله وهذا يعني وجوب الضمان على قول ابي حنيفة ره قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة
فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله
لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب ان القضاء لما ظهر خطأه وتبين انه لم يكن فلم يتصل
القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فعلام لا يحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث
عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم يجعل قذفا للميت الحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع
عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة فلم توجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا

او مجوسا

او مجوسا علة الانقلاب كالرجوع فالجواب ان الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة
وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل يعني ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي تكفي
لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في سقوط
الحد فلهذا لا يجب القصاص على الولي اذا جاء المشهود به قتله حيا قوله وان رجم على بناء الفاعل اي الرجل الذي
ضرب عنقه ثم يضربه وانما رجمه ثم وجدوا اي الشهود عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل
فعله اي فعل الراجم الى الامام ولو باشره الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا ان فعل الجلاد
ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر
امره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى موضع
الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير لشمس الائمة قال بعض
العلماء لا يقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق وانما يقبل
شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية ذلك النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكنا نقول النظر
الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرون لمعرفة البكارة
وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا قوله
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر قوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة
الا ترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا فكذلك هنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان
بالحكم بثبات النسب قوله خلافا لزفر وانه في معناه انه ينفي الزنا حتى تبين الزاني على اصله وذلك بجعل الاحصان
شرطا في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك
امران احدهما ما ذكره في الكتاب ان شهادة النساء لا يقبل فيه والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا
بعد الرجم يضمنون عنده على ما سياتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق قوله فصار كما اذا
شهد ذميان على ذمي له عبد مسلم يعني ان الزاني اذا كان مملوكا للذمي وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه
الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود
ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم يقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله قوله لما ذكرنا يعني ان الاحصان
شرط في معنى العلة ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل
وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة والخلال انه مانع
عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا
لا يكون علة للعقوبة الغليظة وصار كما اذا شهدوا به اي بالنكاح في غير هذه الحالة يعني لو شهد رجل
وامرأتان ان فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا بخلاف
ما ذكر يعني زفر ره من شهادة الذميين على ذمي انه اعتق عبده قبل الزنا لان العتق هنالك انما يثبت
بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه تاريخ ينكره المسلم او يتضرر به من حيث اقامة العقوبة
الكاملة عليه وما ينكره المسلم او يتضرر به لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان
ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم قوله فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون خلافا لزفر ره

على الاصل الذي ذكرناه من قبل

باب حد الشرب

انما اخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال الله تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من الاديان واخر حد القذف عن حد الشرب لما ان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف اخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز ان يكون صادقا في نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه اي على الشارب بذلك اي شرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك او شهدوا على شرب الخمر مع ريحها به وهو سكران فعليه الحد وظاهره يقتضي ان لا يشترط الرائحة بعدما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر لكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة او بالاقرار والاصل فيه اي في وجوب الحد قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه قيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو متروك العمل فكذلك الباقي كذلك واجيب بان ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلث وليس شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولا به لعدم المعارض وقوله فان اقر بعد ذهاب رائحتها واضح وقوله غير انه مقدر بالزمان عنده اي عند محمد رح وهو الشهر اعتبارا بحد الزنا قوله وهذا يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة لان التاخير يتحقق بمضي الزمان فلا بد من تقدير زمان واما ان ذلك بستة اشهر او بشهر واحد فيعلم في موضع آخر واما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة ان يكون من غيرها كما قيل * يقولون لي انكه قد شربت مدامة * فقلت لهم لا بل اكلت سفرجلا * وهذه الرواية هي رواية المطرزي بكلمة قد وقد روي بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاول يسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر بضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهي الخمر وعندهما يتقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان المعتبر في ذلك القرب وقيام الاثر وهو الرائحة من اقوى الدلائل على القرب وقوله واما ايضا اي الى التقدير بالزمان جواب عن اعتبار الزمان اي لما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل عن فعله والرائحة قد يكون من غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره ان الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رض وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود رض ولكن لا دليل على ان الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود رض شرطية والشرطية يفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انعقاد المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولا وايضا ذكر في اول الباب انه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال هاهنا انه ثابت باجماع

الصحابة وهما متنافيان وايضا اشتراط الرائحة مناف لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان ريحها يوجد منه ظاهرا **قال** ومن سكر من النبيذ حد النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ فالنقيع ان ينقع الزبيب في الماء ويترك اياما حتى يخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واما النبيذ فهي التي من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا واذا غلى واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وما يتخذ من التمر ثلثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلوا واذا غلى واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يحل شربه للتداوي والتقوي الا المقدح المسكر وقال محمد والشافعي رح لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة واما الكلام في حد السكران ومقداره فسنذكره ان شاء الله تعالى قوله ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها يعني اذا لم يشاهد منه الشرب لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل اجيب بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء والتمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لا يعاينه قوله والجواب الثاني احسن لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من هو دليل وهو معاين الشرب والجاهل المقر ليس معه ذلك ويجوز ان يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد رح وقوله وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار على قولهما ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والاشربة المتخذة من الشهد والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام لا يباح لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول فمن المشروب اولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي يدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام لا على ان البنج حرام وكلام المصنف يدل على ان البنج مباح ولا تنافي بينهما وحد الخمر وحد السكر من غيره في الحرية الحد ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج ثم يجرد من ثيابه في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد من ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص بالحد نص قاطع او بالنص بدنص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة يعني من حيث العدد حيث لم يجعل مائة كما في الزنا فلا يعتبر ثانيا وفيه بحث من وجهين الاول ليس لاحد من المجتهدين التصرف في الحد الشرعي والثاني ان الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روي انهم ضربوا في زمن النبي عليه السلام بالاكمام والايدي وغير ذلك ثم جلد ابو بكر رض اربعين ثم جلد عمر رض اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف واجيب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجمعين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى جاز له ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على عدد معين كان تخفيفا منه وان جلد الصحابة رضي الله عنهم معينا بحد المفتري بطريق التخفيف فلم يقدروا بشيء واما اظهروا التخفيف الذي كان

ثابتا بترك التنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف لله در لطايفه قوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر
منخشين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب اسكر ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت
بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رح يثبت باقراره مرتين
في مجلسين اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان
شاء الله تعالى قال ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لا يقبل شهادة النساء مع الرجال
في حد الشرب ايضا لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان
لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية
دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة
العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم قوله والسكران الذي
يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة هذا لفظ الجامع الصغير وليس
فيه بيان الخلاف قال المص رح هذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه اي يكون غالب
كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران لانه السكران في العرف واليه اي الى قولهما مال اكثر
المشايخ وعن ابن الوليد قال سألت ابا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها
الكافرون فلا يقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة وربما اخطأ فيه الصاحي قال لان [illegible]
نزل فيمن شرب فيها ولم يستطع قراءتها وحكي ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ولابي حنيفة
ان الحدود يؤخذ في اسبابها باقصاها درءا للحد ونهاية السكران يغلبه السرور على العقل فيسلبه التمييز
بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله
مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات
وهذا وافقهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر ان المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية
فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط وهذا معنى قوله والمعتبر في القدح المسكر
في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط
الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله ابو
حنيفة رح قوله وهذا اي ظهور الاثر في مشيته مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي
ربما يزلق او يعرض له في مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه يعني
من الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب واذا صدر عن سكران
مهذار ازداد احتماله فيحتال لدرئه ولانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران
فيه كالصاحي عقوبة عليه عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى
افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف
فكذلك ساير الحقوق كالقصاص وغيره ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لما ذكر ان الكفر من باب الاعتقاد
فلا يتحقق مع السكر وروي ان عبد الرحمن بن عوف رض صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فاكلوا وسقاهم خمرا وكان
ذلك قبل تحريمها فامّهم في صلاة المغرب عبد الرحمن او غيره وقرأ سورة الكافرون فطرح اللاءات مع ان اعتقاد

كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القاري فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر والله اعلم بالصواب

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء
نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وكان خاليا
عن الشبهة الذي لو اقام القاذف عليه اربعة من الشهود او اقر به المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف
بالحد وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد بقوله والذين يرمون الرمي بالزنا بالاجماع وفي
الاشارة في النص لانه شرط اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير
مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك وبان القياس ان لا يجب المطالبة لان حق الله تعالى فيه غالب
والمغلوب في مقابلته كالمستهلك فلئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالب حد والجواب
انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة واما انه اذا قذفه بغير
النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لا اخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زاني
فقال آخر صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن لا يصح اشتراط مطالبته نفيا
للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا
اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه قوله ويفرق يعني الضرب على اعضائه
على ما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير
مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على
الوصف المشروط لا يكاد يحصل فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه
معاين بالبينة او الاقرار وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر
وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به قوله غير انه ينزع عنه الحشو استثناء من قوله ولا يجرد
قوله لان ذلك يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك قوله وان كان القاذف عبدا ظاهر قوله
والاحصان ان بيان شروطه قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما قيل عليه لو كان كذلك لما حد من قذف المجنون
في حال جنونه وان قذفه بعد الافاقة واجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي
يوثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطء الذي هو غير مملوك فقد يتحقق منهما وبالنظر الى هذا
كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا المقذوف كمن قذف رجلا وطئ بشبهة او وطئ
جارية مشتركة بينه وبين غيره قوله والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن تقريره ان
الله تعالى اوجب القذف بقذف المحصن لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والكافر ليس بمحصن
لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى نسب غيره وقال لست
لابيك يحد ان كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني
لا عن غيره وتقريره ان فرض المسألة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين ونسبه من الاب ثابت بيقين ونفاه
عن الاب المعروف وكان ذلك دليلا على انه زنى بامه وفي ذلك قذف لامه لا محالة قيل يشترط ان يكون في حالة
الغضب في هذه المسألة كالتي بعدها وقيل يجب ان لا يجب الحد ههنا وان كان قذفه في حالة الغضب

ان ينفي النسب عن ابيه من غير ان يكون الام زانية من كل وجه بان يكون موطوءة بشبهة وولدت في عدة الوطئ او
بان ما ذكره وجه القياس في هذه المسئلة وجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط ولكنا
تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه وقوله في غضب
الى آخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا بابن فلانة
وهي امه التي تدعى له حيث لا يكون قذفا مع ان القذف يراد بهذا اللفظ واجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفي
عن امه وانما ينتفي منها بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطئ ونفي الوطئ نفي الزنا
بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد وولادة الولد ثابتة من امه فصار كانه قال له انت ولد الزنا قال
ولو قال له يا ابن الزانية ولو قال رجل يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف
محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح
في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد والجد وان علا وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه ابي
الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي رحمهما الله ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير لا ثبات البيهقي
براي بكل واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى ورده بان التعليل بالجزئية
غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غايبا فانه ليس لاحد ان ياخذ بحده اذ ذاك واجيب بان
الاصل في الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره
اذا وقع الياس عن الاصل ولهذا يقع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته قوله وهذا لان المعنى في
ظاهر قوله لما ذكرنا يعني قوله لان العار يلحق به قوله كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد رحمه الله فانه
يروى عنه ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بنفي الى امه
وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين ويثبت لولد الولد حال قيام الولد
وقال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار
ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد
مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد
الولد كوجوده في حق الولد فانهما خاصم بتمام الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار
تناول القاذف عرضه مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده بخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب
لقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات وفي الحكم المترتب على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد وان كان
المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر رح وهو يقول القذف تناوله
معنى لرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا لان حد القذف لا يورث فصار كما اذا كان متناولا
له صورة ومعنى برجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب الحد
لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى فقط وليس طريقه الارث غير معتد له في هذا المقام
لانه لو كان طريقه الارث ايضا لم يكن له ان يخاصم لان المانع موجود وهو الكفر والرق وقيل تحريك للحد
الحد انما يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه ام المقذوف او لقذفه نفس هذا الابن لا جائز ان يكون
لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهذا كما ترى ولنا انه عير بقذف محصن

وهو ظاهر

وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز له ان ياخذ بحده لانه تعيير على الكمال فيقتضي زاجرا وانما
المصير الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان في الذي نسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا
التعيير الكامل الى ولده فجاز له ان ياخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضي اجاب
بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق اي استحقاق اهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود
في الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناوله القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال
لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا قال وليس للعبد ان يطالب مولاه ليس للعبد ان يطالب مولاه
بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه او جده وان علا بقذف امه ولا امه وجدته وان علت بقذف نفسه لان
المولى لا يعاقب بسبب عبده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلم يجب القصاص والمغلب
فيه حق العبد وسببه متيقن به ولان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله تعالى وسببه وهو القذف غير متيقن لجواز
ان يكون صادقا فيما نسبه اليه اولى وقوله ولو كان لها ابن من غيره وهو ظاهر قوله وبكل ذلك يشهد الاحكام اما
الاحكام التي يدل على انه حق العبد فانه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار
وكذلك لا يستوفى الا بخصومته وانما يستوفى بخصومته ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال
دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستامن وانما يؤخذ المستامن بما هو
من حقوق العباد وتقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه اقراره بالزنا
والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين بدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العباد وحق العباد
مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتاخير لانه يخاف الفوت والله تعالى لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك
يقام عليه حد القذف واما الاحكام التي تشهد على انه حق الله تعالى فهي ان الاستيفاء الى الامام والامام انما
يتعين نائبا في استيفاء حق الله تعالى واما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب
بالاعتياض ولا عند السقوط وقوله لان ما للعبد من الحق الى آخره قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق العبد غالبا
اذا اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب
واعترض بان من الاحكام ما كان في الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف وشيء من الحقين لا يسقط
واجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا
يتحقق فيه الخصومة بعد موته قوله ومن اصحابنا من قال يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر في مبسوطه
والصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رح لان اكثر الاحكام يدل عليه والمنقول يشهد له لما ذكرنا ان
العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد رح في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص الا انه فوض اقامته
الى الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وتخريج الاحكام اي اجاب عن الاحكام التي تدل على انه
حق الله تعالى بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض الى الامام ما ذكرنا ان كل احد لا يهتدي الى اقامة الجلد
وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان
واجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك العين لانه ملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند
الناس فان الانسان لا يملك شيئا الطعام الا للاتلاف وهو الاصل هنا بخلاف القصاص كالملك على
القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص قوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله تعالى

المنقول

قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ولان عامة اصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة العلماء اولى
والثاني اظهر وقوله ومن اقر بالقذف فمن الاحكام التي يشهد بكونه حق العبد قوله ومن قال للعربي يا نبطي
ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس عنه عن رجل قال لقرشي يا نبطي فقال لا حد عليه
قوله لما قلنا يعني قوله لانه يراد به التشبيه الى آخره وقوله لان ماء السماء لقب به اي بهذا اللفظ وماء السماء هو
لقب ابي المنذر والمزيقياء هو عمرو بن عامر ملقب بالمزيقياء لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان
يعود فيهما ويأنف ان يلبسهما غيره وابوه عامر بن حارثة الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان
يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا قوله واسماعيل كان عما اي ليعقوب فان اسمعيل ... ابناء ابراهيم
ويعقوب ابن اسحق فكان اسماعيل عماله وادخله تحت الآباء فدل ان العم يسمى ابا قال ومن قال
لغيره زنأت في الجبل ومن قال لغيره زنأت في الجبل بالهمز وقال عنيت صعود الجبل حد عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رح لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة واستشهد المص بقول الشاعر وارق
الى الخيرات زنأ في الجبل وقال وذكر الجبل يقرره اي يقرر الصعود مرادا تأكيدا لكون المهموز للصعود حقيقة
وقوله ولهما انه يستعمل الى آخره واضح وقيل كلامه يشير الى ان المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة
الغضب والسباب يعين احد المحتملين عندهما وعند محمد هو انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحالة
الغضب لا يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم
الثالث باب الحذف في حال اللفظ قوله لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله للمعنى الذي ذكرنا
اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا ومن قال لآخر يا زاني ظاهر واعترض على قوله
يحصر الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني بان المراد بالاول هو قوله يا زاني وما تم خبرا اصلا واجيب
ان المراد بالخبر الحد وحينئذ يستقيم الكلام لان الخبر حينئذ يستعار للاسم ومن قال لامرأته يا زانية
فقالت لا بل انت على ما ذكره في الكتاب ظاهر قوله لان المحدود في القذف ليس باهل للعان دليله ان اهليته
الشهادة واقامة حد القذف يبطل اهلية شهادة المحدود في القذف وقوله ولا بطال في عكسه اصلا
لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غاية
ما في الباب ان اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن كونه عفيفا عن فعل الزنا فيجب
حد القذف على المرأة احتيالا لدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد قوله ولو قالت زنيت بك يعني في جواب
قوله لها يا زانية قوله وانعدامه اي انعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها ارادت زناي ما كان
معك بعد النكاح اعترض عليه بان الوطي بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا واجيب بان الزنا
يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بل يداه مبسوطتان حملها على ذلك التركيب فوطيها
باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا يكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد
على المرأة ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان على
الزوج فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان قوله اي اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة
والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واذا بطلت التكاذب باكذاب الرجل
نفسه تصادقا الى الاصل والولد ولد في الوجهين اي في الوجه الذي اقر ثم نفى وعكسه وقوله لا اقراره به سابقا

ولاحقا اي لا اقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقر ثم نفى او لاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به قوله واللعان
يصح بدون قطع النسب جواب عما يقال ان سبب اللعان ههنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري
بينهما اللعان لان بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان
فاعتبر كل واحد منهما اي من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الآخر فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفي
الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان فكذا هذا الا يرى انه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب الاختلاف
فيه ثم قال ليس بابني فلانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله انت زانية
وقوله وان قال ليس بابني ولا بابنك ظاهر قوله او قذف الملاعنة بولد بفتح العين هكذا نقله صاحب النهاية بخط
شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي وقوله بولد يتصل بالملاعنة وقوله ففاتت
العفة نظرا اليها اي الى امارة الزنا وهو اي العفة وذكر نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد
القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد قوله ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل اللعان قائم
مقام حد الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا نعم
ولكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه يكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان
فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية وجدت بخط شيخي
في جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة
الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها قال ومن وطي وطئا حراما
في غير ملكه اعلم ان الوطي الحرام بالقسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه والآخر لغيره فالاول ما كان
حرمته شيئا يحصل في غير الملك من كل وجه كوطي الاجنبية او من وجه كوطي الجارية المشتركة بينه وبين
غيره وحصوله في امرأة هي حرام على الواطي حرمة مؤبدة كوطي امته وهي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من
النوع الثاني كوطي امته المجوسية ووطي امته الاختين والقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف
لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق لان الزنا هو الوطي الحرام لعينه وابو حنيفة رح
شرط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كوطي موطوءة الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها ابنه
فوطيها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطي المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح
الا بشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه لغيره من على وجه الزوال لا ترى ان المجوسية
اذا اسلمت او اخرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطي فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهرة وقوله وهذا
هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطيها لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي
هو مبيح لا يسقط احصانه كوطي امرأته الحائض او المجوسية او التي ظاهر منها او المحرمة او امته التي زوجها او هي
في عدة من غيره لان ملك الحل قائم بقاء سببه ووجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة في المحل تنافيا لضرورة
ثبوت احدهما ينتفي الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفي الحل قوله لان ملك الحل قائم بقاء سببه
قلنا السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل فيه حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله
في معنى الزنا وقوله لمكان اختلاف الصحابة يعني انه مات حرا او عبدا على ما حكي في كتاب المكاتب ان شاء الله
قوله وقد مر في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك وقوله فقذفه مسلم حد جواب ظاهر الرواية وعلى قول

ابي حنيفة رح اولا لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا وجه ظاهر الرواية
ما ذكره في الكتاب وهو الاصح وقوله لان هذه شهادة انما استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد رد بانه
انما استفاد اهلية الشهادة على المسلمين فاما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت
مجروحة باقامة الحد عليه واجيب بانه ليس كذلك بل استفاد اهلية الشهادة على اهل الذمة فقد كانت الاهلية
موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه وتبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين اقيم
عليه الحد فان تلك كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان اهلية الشهادة على
الاشرف تقتضي اهليتها على الاخس ولقائل ان يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد موجود قوله
بخلاف العبد جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر
اذا اسلم وكلامه ظاهر واعترض بان المعقول ههنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب
ان ترد شهادته بحد القذف تتميما للحد ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة
في شيء اصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب
ان شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم
اكتسبها بالاسلام فلا ترد ولم تقبل للعبد بان فيه الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين
الموجب وهو الرد قوله وان ضرب سوطا في قذف ظاهر واعترض بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد
فالمقام بعد الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام ان كان بعض الحد فكذا
قبل الاسلام كذلك فكذلك لا يصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام
اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم
نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد تمام ان لم يكن صفة
للحد ولم يوجد فلم يترتب التتميم وقيل فيه الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل
واحد منهما غير مرتب على الآخر فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد الشهادة قابلة الحال
فيتقيد به وعن ابي يوسف رح انه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر فكان الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية
عن ابي حنيفة رح ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الى آخره
وقوله ومن قذف او زنى الى آخره ظاهر وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة
او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد
عندنا وعند الشافعي رح ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم
لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عنده لاختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو
مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود

فصل في التعزير

لما فرغ من
ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب او السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي هو دونها في القدر
وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع والاصل فيه ان
من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد معتد يجب التعزير قال في الفتاوى الظهيرية اعلم بان التعزير قد يكون
بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي

اليه

اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد رح التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف رح ان التعزير من السلطان باخذ المال
جائز وذكر الامام التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل احد لعله البناء بمنزلة نهي وقوله ومن
قذف عبدا او امة ظاهر قوله في الجناية الاولى يعني اذا قذف عبدا او امة او ام ولد بالزنا لانه اي القذف بالزنا من
جنس ما يجب به الحد وقوله في الثانية يعني قوله يا فاسق الى آخره قوله لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه قيل بل الحق الشين
للقاذف لان كل احد يعلم انه آدمي وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع وانما ما يجري على السنة الفقهاء من التفعيل ان صح فعلى حذف المفعول
الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة يعرف بالتأمل الصحيح والمراد ان يكون تقديره من بلغ
الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو
حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وهذا احق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ
حدا وهو حد العبد والتنكير في الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو ان البلوغ
الى تمام الحد فقد وليس بعده فقد تعين كربع او ثلث او عشر فنقصا الى اقل ما يمكن التحرز به تقليلا وقف الخطأ
فان الكل لما لم يمكن ان يكون سببا وليس بعده حد معين صير الى اقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى وكلامه
واضح قوله مقترب المس والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر الجلدات وقوله والقذف بغير الزنا من حد القذف
يعني فيكون فيه اقل الجلدات وقوله لانه يعني الحبس صلح تعزيرا قوله وقد ورد الشرع به اي بالحبس وهو ما روي ان
رسول الله عليه السلام حبس رجلا للتعزير وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة لا ايضاح ان الحبس يصلح التعزير
فيما يجب فيه التعزير اي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان شهد
شاهدان مستوران على انه قذف محصنا فقال يا فاسق او يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل
الحد يحبس للتهمة لان في باب الحد شيئا آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز ان يحبس للتهمة
لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير لا يحبس للتهمة لان الاقصى فيها
عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيهما لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو ما يأباه الشرع ولما لم
يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان الحبس من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير يحبس عند تهمة موجبه
الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضمه الى الضرب ان رأى الامام ذلك كما ان للامام
الرأي في تعديد الضربات فكذلك في ضم الحبس الى الضرب قال واشد الضرب التعزير قال الحاكم
في الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد
من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه نقص العدد
وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه كيلا يؤدي الى تفويت المقصود وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته
قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو يجمع الاسواط في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف
سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع فذلك ما روى ابو عبيد وغيره ان رجلا
اتهم على ام سلمة فضربه عمر رضي الله عنه ثلثين سوطا كلها يبضع ويحدر اي يشق فيدمي ومعلوم ان عمر
ضربه بطريق التعزير ولعل المص اختاره يشير اليه وقوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء كما
كان الشدة من حيث العدد لزم من عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه قوله ثم حد الزنا ظاهر وقوله ومن حد

الامام او عزره فمات فدمه هدر ذكر مسئلتين احديهما مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المامور
به والاخرى على الاطلاق وهو يقتضيها والفرق بينهما ان الامر لطلب المامور به وهو من الاثبات وهي لا تقبل
التعليق بالشرط لانه ح يشبه القمار ولانه لما وجب على المامور ذلك الفعل بالامر فينافي المامور بما في وسعه
غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المامور في عهدة الوجوب واما الاطلاق فاسقاط
لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق في اختيار فاعله لانه مخير الفاعل
ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي ان يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور
في الطريق وقال الشافعي رح في التعزير يجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه
يجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما انه استوفى حق الله
تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر المزجرة المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس
اهم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكره في الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه سمع
اليه على وجه الخفية وقوله وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة هي ان يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل
الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة والمعنى اللغوي وهو اخذ الشيء
من الغير على سبيل الخفية والاستسرار مراعى فيها قال صاحب النهاية اعلم ان ما نقله الشرع الينا على ثلثة
اقسام احدها ما هو المقرر على ما ابتنا اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم
والثاني ما هو المعدول عما ابتنا اللغة من كل وجه كالصلوة والزكوة والصوم فان الصلوة شرعا عبارة
عن الاركان المعهودة وليس لها ابتناء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما ابتنا به اللغة معقود مع زيادة شيء
فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لان الصلوة في اللغة الدعاء وهي معقودة في الشرع مع زيادة اوصاف
وكذلك الصوم هو الامساك والزكوة هو النماء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة
اوصاف ويمكن ان يجاب عنه بانه ينظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله كما اذا نقب الجدار
على الاستسرار نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول لظهوره وكان القياس ان لا يقطع
فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة اي معاينة مبالاة لان ركن السرقة الاخذ
على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم يوجد في وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق
المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع في اكثر
السرقات لان اكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء ولانه وقت لا يلحق الغوث قوله او من يقوم مقامه
يعني المودع والمستعير والمضارب والمرتهن قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم اذا سرق
العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على استظهار كل معناه وجب القطع
لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف
والآية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل
والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء وانما قدر بالمال بما ذكره في الكتاب وهو قول
فقهاء الامصار واما اصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري استدلالا بظاهر

الآية

الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب اصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان اخذ
المباح يسمى اصطيادا واحتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ
وقلنا معنى اسم السارق يدل على حفظ الماخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير
بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار
او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود رض قوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا
بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكور في الحديث والمراد بالكتاب القدوري
وقوله وهو الاصح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة رح ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلاهما ضعيفة
فان قلت روت عائشة رض ان يد السارق لم يقطع في عهد رسول الله عليه السلام الا في ثمن مجن حجفة او ترس
وروى الليث عن نافع عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثمنه
ثلثة دراهم وقد اخذ به مالك وروت عمرة عن عائشة رض موقوفا ومرفوعا الى النبي عليه السلام ان النبي عليه السلام
كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه اخذ الشافعي رح فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة
الدينار كانت اثني عشر درهما وثلثة دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روى في السنن وشرح الآثار مسندا
الى عطاء عن ابن عباس رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم ولما
تعارضنا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه السلام لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهو ان العمل بهذا
يستلزم العمل بما عداهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به قال والعبد والحر في القطع
سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم التساوي انما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله ان
السرقة ظهرت بالاقرار مرة لانها يظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار
مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة
واذا اتضح هذا البيان توجهت الاعتراض بان الزنا ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا وقوله ولا اعتبار بالشهادة
جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ان ما ذكر ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب
ولا يفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه وقوله وباب الرجوع جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع
كما في الزنا ووجه ذلك انه لو اقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع في
في المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح وظهر بهذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار لا في حق القطع ولا في
حق اسقاط ضمان المال بالاقرار قوله واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله وكذلك اعتبرناه في الزنا
وينبغي ان يسالهم الامام عن كيفية السرقة فيقول له كيف سرق لجواز انه نقب البيت وادخل يده واخرج المتاع
فانه لا يقطع فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ماهيتها لجواز ان يكون الماخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه
وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها الا آحاد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرطا للقطع
وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف
ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسال عن زمان فان قيل الشاهد في تاخير الشهادة
ههنا غير متهم لانه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسال فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسال فيما اذا ثبت
بالاقرار قلنا ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق في دار الحرب او في دار اهل البغي

السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة ح

فالشق الخيط وبينا انما عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين وعلم
ستغني عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة عن السؤال عن ذلك قوله ويحبسه
اى المشهود عليه الى ان يسأل عنهما بالسرقة يحبس لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة قوله
واذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانه يقتل كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل
على الكمال واجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى كل واحد منهما كملا باب

القطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب
مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب ان يذكر قوله واذا
اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان اصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان اصاب اقل كان مما لا
يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب وقوله لا قطع فيما يوجد تافها
والتره بالفتحات الثلاث الطين الاحمر وتسكين العين فيه لغة قوله وما يوجد جنسه مبتدأ وقوله حتى حين
وقوله بصورته احتراز عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان
اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة قوله غير مرغوب
فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحة في دار الاسلام ولكنها
مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد رحمه الله اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي ان يكون
مختلطا بالحجر والتراب لا يقطع ووجه الظاهر انها ليست بتافه جنسا فان كل من يتمكن من اخذه لا يتركه
عادة وقوله لقلة الرغبات فيه جملة استينافية وقوله والطباع لا تضن به اى لا تبخل بفتح الضاد وهو الاكل
وبخ والكسر ايضا قوله فقل ما يوجد اخذه على كره من المالك اى قيل وجه لحوق الملاذ بالمالك عند اخذ هذه
الاشياء منه بل يرضى بالاخذ توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفاديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا
حاجة الى شرع الزواجر وقوله والظبي يطير والصيد يفر يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا يشرع الزواجر
في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب قوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اى فيما يوجد
جنسه مباحا وهو على تلك الصفة اى الصفة التي كان عليها وهي شركة يحترز به عن الابواب والاواني المتخذة
من الخشب كما ذكرنا يورث الشبهة اى شبهة الاباحة بعد احرازه والحديث يدل عليها وفي التعبير بالشركة العامة
اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلث في الكلأ والماء والنار وقوله لما ذكرنا يعني قوله والظبي
يطير والصيد يفر والسمك المالح هو القديد الذي فيه الملح قوله والحجة عليهما ما ذكرنا يعني حديث عائشة رضي الله عنها
وما ذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شيء ابيض يقطع من رؤس النخل فيؤكل والودي صغار النخل وقوله كاللبن واللحم
يعني مثل الخبز واللحم وامثالهما لانه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن القحط عاما قحط وجماعة انما اذا كان
فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا قوله كاللبن واللحم راجع الى قوله كالطعام الذي للاكل والثمر
منه راجع الى قوله وما في معناه وكان كلامه لفا ونشرا وقال الشافعي يقطع فيها اى فيما ذكرنا من اللبن
واللحم والفواكه الرطبة والطعام والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يجمع
فيه التمر والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فيجاز ان يسمى الجراب المتخذ منه وكان المراد
احد الطرفين ويجوز ان يكون الشك من الراوي قلنا اخرجه على وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرين لا يؤوى

الا يابس من الثمر وفيه القطع في الرواية المشهورة قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع لا قطع
في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفواكه الرطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد
لعدم الاحراز فيهما ولا يقطع في الاشربة المطربة اى المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان
لشدة حزن او سرور وفسر المسكرة في اصول الفقه بانه غلبة السرور على العقل فالمعنيان في معنى السرور وفي ذلك
استعير الاطراب للاسكار وقال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة
بالمسكرة وقوله لان بعضها ليس بمال اى بمال متقوم كالخمر وفي مالية بعضها اختلاف يعني المنصف والباذق ونبيذ
الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة متقومة خلافا لهما وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر في الايضاح
ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة انه
قال لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها
الواحد عزف رواية عن العرب قوله ولا في سرقة المصحف ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى
والشطرنج بكسر الشين والنرد معروفان ولا قطع فيهما وان كانت من ذهب او فضة وقوله ان كان الصليب
في المصلى اى في موضع صلوة النصارى وهو متعبدهم قوله وما عليه من الحلي تابع لا يقال يجوز ان يكون مقصوده
من الاخذ هو الحلي فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلي وترك الصبي وقوله لانه لا يجب القطع
بسرقته وحده فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه
القطع لا يسقط كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة قوله وعلى هذا اذا
سرق اناء فضة ظاهر والدفاتر جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير او الحديث
او الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ وكان
المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار
كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت
تكفي لايراث الشبهة ومن الناس من الحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا
يقطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في دف ولا طبل بفتح الدال وضمها الذي يلعب به وهو نوعان مدور
ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختيار الصدر
الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فيمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل
ان متلفها لا يضمنه وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن اخذها يتأول الكسر فيها
فكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والابنوس بفتح الهمزة
وضم الباء معروف قوله ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام انما قيده بدار الاسلام لان الاموال
كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله واذا اتخذ من الخشب اواني فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل
المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل في الخشب بغلبة الصنعة على الاصل فيخرج من الجنس المباح بازدياد
يحصل في قيمته ويحرزه بجعلها يدخلونه في الحرز واما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز حتى
لو غلبت الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع قوله وانما يجب القطع اى في الابواب في غير المركب بالجدار
اما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وانما فيه

البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا يكون محرزة قبل هذا في الباب البراني واما الباب الثاني في الداخل
ففيه القطع لانه يحرز بالبراني قوله وانما يجب اذا كان حصينا ظاهر قوله ولا قطع على خاين الخيانة هو ان يخون
المودع ما في يده من الشيء المامون والانتهاب ان ياخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر قرية او بلدة والاختلاس ان
ياخذ من البيت جهرا والوجه ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال ولا قطع على النباش اختلف الصحابة
رضي الله عنهم في مسئلة النباش فقال عمر وعايشة وابن مسعود وابن الزبير بوجوب القطع على النباش وقال
ابن عباس رضي الله عنهما لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من الصحابة من بقي في عهد مروان على ما روي ان نباشا اتي
به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
وبالاول اخذ ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم
محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان اللباس الثوب البيت لا يخرج عن التقوم واما انه محرز
فلانه ليس بمضيع الا ترى ان الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي لا يضمنان وما لا يكون محرزا يكون مضيعا
وفيه الضمان واما انه محرز بحرز مثله فلما بينه الطحاوي ان حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى اذا سرق دابة من
اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب
فسرقه لم يقطع لان الشاة لا يحرز باحسن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمي
واخراج ساير الاموال قوله ولهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح قوله
وان كان القبر في بيت مقفل بسكون القاف من اقفل الباب قوله فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال في
المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء
كان نبش الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان
لكل احد من الناس تاويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه
الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال
صفة المالكية والمملوكية من الكفن من الوجه الذي قررناه قوله لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام لا قطع
على المختفي والمعقول وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة قوله ولا يقطع السارق من بيت المال ظاهر قوله
لما قلنا اشارة الى ما يفهم من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا ولما قلنا
اشارة اليه قوله والحال والمؤجل فيه اي في عدم القطع سواء اما اذا كان حالا فظاهر واما اذا كان مؤجلا
فلان التاجيل ليس الا لتاخير المطالبة واما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع
لانه سرق ما لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاخذ ان لم يكن مستحقا
لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء قوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر قوله لان له
ان ياخذ عند بعض العلماء يريد به ابن ابي ليلى رحمه الله فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان ياخذ
لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له ان ياخذ دراهم بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة
قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر لان القياس ان لا ياخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف
في الحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك
القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك اي انه اخذ قضاء لحقه او رهنا به درئ الحد عنه

لان فعله

لان فعله في موضع الاجتهاد ولا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التاويل عندنا قوله ولو كان حقه
دراهم ظاهر قوله وقيل لا يقطع هو الاصح لان النقود جنس واحد كما في الزكوة والشفعة قوله ومن
سرق عينا ظاهر قوله لان الثانية متكاملة كالاولى وجه التشبيه هو ان المتاع بعد رده على المسروق منه
حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها او اتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما انه مال
معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية
واما كونه اقبح فظاهر لتقدم الزاجر قوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله
الى قوله بعد ادائه ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه الى آخره وسقوط عصمة المحل يوجب
انتفاء القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك
ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه
فقوله نظرا الى اتحاد الملك احترازا عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق
الى آخره قوله والمحل احترازا عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يجي بقوله فان تغيرت عن حالها
مثل ان يكون غزلا الى آخره قوله وقيام الموجب اي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع قوله
بخلاف ما ذكر يعني ابا يوسف رحمه الله من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه واصله حديث بريرة وهو
وهو معروف قوله ولان تكرار الجناية معطوف على قوله ولنا ان القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية
منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر لتحمله مشقة الالم فالزاجر يعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية
فلا يحتاج اليها وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى العراية
عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله ثم حد الزنا
يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من زنى بامراة فحد ثم زنى بتلك المراة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف
فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود
اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا
من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف
والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى في المرة الثانية
غير المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه في المرة الاولى قوله
فان تغيرت عن حالها ظاهر والقطع بالجر معطوف على قوله من اتحاد

فصل في الحرز والاخذ منه

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا فرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان
الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد ان البسوطة في المال وفي الدخول
في الحرز وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو البسوطة في الدخول ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة
الوجه والكف على ما سيجي في كتاب الكراهية قوله وفي الثاني يعني ذي الرحم المحرم خلاف الشافعي فانه يقول
في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقهما بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت
ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره قطع لوجود الحرز قوله
وان سرق من امه من الرضاع ظاهر قوله والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا يحترم اي لا يجعل لها حرمة قوية

عادة كما اذا ثبتت يعني المحرمية بالرضاع فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنا بها لا تعد شبهة في قطع اليد بل يقطع
وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبت بالتقبيل عن شهوة **وقوله** والاوّل اقرب من ذلك اي من المحرمية بالزنا الاخت من
الرضاعة يعني ان الام من الرضاع اشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة
من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك وجه الاقربية
ان لحاق الرضاع بالرضاع اقرب من الحاقه بالزنا **قوله** وهذا اي القطع مع الدخول عليها من غير استيذان
وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من
الآخر ظاهر **وقوله** ودلالته معناه انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى وفيه نظر
الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا تقبل للآخر عندنا وعنده فيه قولان بل هذا اولى لان
هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات اولى **وقوله** وهو ما نورى
على بعض اسنده دراً وتعليلاً لما يريده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه اتي برجل قد سرق من الغنم فدرئ عنه الحد فقال الا ان له
فيه نصيبا **قال** والحرز على نوعين الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين يجوز ان يقال هو ما
يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال
ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز
بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاع فانه محرز به وكل واحد منهما ينفك عن الآخر وقد ثبت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وهو ليس بحرز لانه
لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع وفي
الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلو سرق من بيت ما ذون له بالدخول فيه لكن مالك يحفظه لا يقطع لان
المعتبر هو الحرز بالمكان **وقوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة لا يقطع فيه ووجه الصحيح
ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه
وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه
لقيام يد صاحبه والحرز بالحافظ يجب القطع فيه واذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة وهذا
ايضا مما يدلك على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده
هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا للمتاع **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب
المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين
يديه فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذوا ذلك من قوله في الاصل لو ان رجلا نزل في الصحراء فجمع متاعه وبات
عليه فسرق منه رجل قطع قالوا فوله وبات عليه يشير الى انه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة وقال
المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى يعني قاضيخان انهما يضمنان
في هذه الصورة ولكن ذكره الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان
اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر
واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية **وقوله** ولا قطع على من سرق من
حمام يعني الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة

يعني في الحمام او حانوت يعني في البيت الذي اذن للناس بالدخول فيه **قوله** ويدخل في ذلك اي في قوله او من
بيت اذن للناس في دخوله **قوله** الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع **وقوله** ومن سرق من المسجد
متاعا ظاهر **قوله** ومن حرم سرقة اي مالا وسمى الشيء المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد رحمه الله اذا كان السرقة مصحفا
وقوله وان كانت جهارا اي في البلاد مغاضبة اي مجاهرة وبيوت **قوله** وان اغار انسان اي دخل بسرعة قال في النهاية
ناقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلواني والصيمري واما لفظ محمد رحمه الله وان اغار انسان من اهل
المغاضبة انسانا على متاع من سكة مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي كذلك وكأنه اصح لان الاغارة
في باب السرقة غير لائقة لان السرقة اخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمى السارق به لانه يسارق عين الحافظ
من الاغارة اخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز ان يكون بعض اهل المغاضبة يدخل على بعض آخر
بالليل جهارا ومكابرة ومختفيا عن اعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز
ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد رحمه الله وكان قول المص فسرق منها يعضد لفظ الاغارة اشارة الى هاتين الجهتين
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الى آخره **قوله** واذا نقب اللص البيت ظاهر **قوله** وهي مبنية
على مسئلة تأتي بعد هذا اشارة الى مسئلة نقب البيت **قوله** وان القاه في الطريق واضح وحاصله ان يد
عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم يزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر
ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع **وقوله** ولم يعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك
يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم يسقط يد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر
انه اخرج من الحرز ما لم يأخذه **قوله** فاعتبر الكل اي الالقاء في الطريق ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخرج
المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا **قوله** واذا خرج ولم يأخذ جواب عن قوله كما لو خرج
ولم يأخذ فقوله فكذا ان حمله على حمار ظاهر **قال** واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة
في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل
غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع احد
منهم وان كان غير الداخل بعين الداخل والفرق بينهما انهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بهتك الحرز
بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما ان كمال الهتك للحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم
قالوا هذا اذا كان الاخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الحامل
صبيا او مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع الآخذ الحامل فاذا لم يجب الحد على من
هو اصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب
على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين
وقال ابو يوسف يجب القطع الا على الصبي والمجنون **قوله** ومن نقب البيت ظاهر والعطر يفي هو الدرهم
المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود
ببخارى كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل
وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخل **وقوله** بخلاف الصندوق جواب
عن قوله كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فانه قيل لو كان الكمال لهتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم

لما يجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد
وان طر صرة الطرار هو الذي يطر الهميان اى يشقها و يقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة
اى شددتها والمراد بالصرة ههنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم و فى هذا التفصيل المذكور فى الكتاب دليل
على ان المذكور فى اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس يجرى على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهى ما اذا
ادخل يده فى الكم فيطرها **قوله** فلا يوجد هتك الحرز يعنى ادخال اليد فى الكم واخراج الدراهم منه **قوله** فى الوجهين
اى من الخارج والداخل **قوله** ينعكس الجواب يعنى فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل
الرباط الذى كان خارج الكم وقعت الدراهم فى الكم فاحتاج فى اخذ الدراهم الى ادخال اليد فى الكم فلما اخرج
الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط فى داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط فى
داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز فى
اخذ المال لانه وان ادخل اليد فى الكم الا انه ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس
الجواب لانعكاس العلة **قوله** لانه لا يعتمده اى لان صاحب الكم يعتمد الكم فى حفظ المال لا قيام نفسه عند
المال لان صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من احد الامرين قطع المسافة او الاستراحة وذلك
لانه اما ان يكون فى حالة المشى او غير حالة ففى الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال و فى الثانى قصده
الاستراحة والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب الا ترى ان من شق الجوالق الذى على ابل يسيره واخذ الدراهم
منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع
ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل يسيره لا يقطع لان السائق او القائد انما يقصد بفعله قطع
المسافة والسوق لا الحرز فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا على ما هو المذكور فى الكتاب **قوله** وان سرق
من القطار بعيرا القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا ارسالا **قوله**
وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار يريد فعله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله هو الصحيح
فصل فى كيفية قطع واثباته لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا
الفصل فى بيانه الزند مفصل طرف الذراع فى الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل
دمه فالقطع بما تلوناه يعنى قوله تعالى والسارق والسارقة الآية واليمين بقراءة ابن مسعود رضى فاقطعوا
ايمانهما وهى مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف فى الاصول ومن الزند لان الاسم يتناوله
الى الابط وهذا المفصل اعنى الرسغ متيقن به من حيث القطع والمقطوع لكونه اقل فقولنا من حيث القطع
احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق كان قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع
اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف النص لان الله ذكر
فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم
للجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط لان فيه تكثيرا للمقطوع **قوله** كيف وصح ان النبى عليه السلام امر بقطع
السارق من الزند والحسم روى ابو هريرة ان النبى عليه السلام اتى بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق
فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث
قوله ولانه لو لم يحسم ظاهر **قوله** وخلد فى السجن حتى يتوب حاصله ان السارق لا يؤتى على اطرافه الاربع

بالقطع وانما يقطع يمينه اول مرة ورجله اليسرى فى ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعى بعدما يقطع
وعند اصحاب الظواهر فى المرة الخامسة يقتل **قوله** وقد ورد فيه ما يؤيد مذهبه هو فى حديث ابى هريرة رضى ان النبى عليه السلام
قال فى المرة الاولى يقطع يده اليمنى وفى الثانية الرجل اليسرى وفى الثالثة اليد اليسرى وفى الرابعة الرجل اليمنى **قوله**
لان الثالثة ظاهر **قوله** فحجهم اى غلبهم بالحجة يقال حاجه فحجه اى نازعه بالحجة فغلبه بها **قوله** بخلاف القصاص جواب
سؤال تقديره لو قطع رجل اربعة اطراف انسان قطع منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا
يبقى له يد يأكل بها ويستنجى بها ورجل يمشى عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود وتقرير الجواب ان القصاص
حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص والحديث الذى رواه الشافعى دليلا على دعواه هو طعن فيه الطحاوى
قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها اصلا اشار بها الى ما رواه الشافعى رحمه الله وقال ابو نصر البغدادى قال الطحاوى انه
حديث لا اصل له لان كل من لقينا من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او يحمل على السياسة بدليل ما ورد
فى ذلك الحديث من الامر بالقتل فى المرة الخامسة **قوله** لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعنى ان كانت يده اليسرى
مقطوعة او شلاء ان كانت رجله اليمنى كذلك وما فى كلامه ظاهر **قوله** واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا
السارق الحداد هو الذى يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا
فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما امر به فانه امر بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه
ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع قال فى المبسوط لا شئ عليه لان فيه اليد قد سقطت
بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا لكن ادبه الامام لانه اساء الادب حين
قطعه قبل ان يأمره الامام به وكلامه واضح **قوله** بغير حق دليل على ان المحكوم اليمنى فى السرقة وهو ايضا لم يقطع
يمينا ناصه ليكون حق قطع اليسار قصاصا ولا تأويل حيث لم يخط لان الكلام فيما اذا تعمد فى قطع اليسار
فلا يعفى كما لو قطع رجله او انفه وان كان فى المجتهدات لان المجتهد لا يعذر فيما اخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كما
يحل من وطئ المشتبهة عامدا وكان ينبغى ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة وهى قوله تعالى فاقطعوا ايديهما
فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة فى حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان
المال **قوله** لابى حنيفة رحمه الله تقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لكنه اخلف من
ماهو خير منه فلا يعد اتلافا وعلى هذا التقرير لو قطع غير الحداد اى لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم الحاكم
بقطع يمينه لا يضمن شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا ينفاوت بين ان يكون قاطع اليسار مأمور
الحاكم او اجنبيا غير مأمور **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكره فى شرح الطحاوى فقال فيه ولو قطع غير يده اليسرى
فان فى العمد القصاص وفى الخطأ الدية وسقط القطع عنه فى اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك ويرد السرقة
ان كان قائما وعليه ضمانه فى الهالك **قوله** ولو اخرج السارق يساره ظاهر **قوله** ثم فى العمد عنده اى عند ابى حنيفة
عليه اى على السارق ضمان المال المسروق ان كان استهلكه لانه لم يقع حدا وانما خص ابا حنيفة رحمه الله بالذكر والا فكان
الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى يتوهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على
الحداد ذلك بيان وجوب الضمان عند ابى حنيفة رحمه الله ايضا بان القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان
لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار انه اخلف خيرا لا باعتبار ان القطع وقع حدا واما على مذهبهما
فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد فى العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم

يجمع بين الضمان والقطع حقا قوله وفى بحطاكذلك على هذه الطريقة اى على طريقة ان القطع لم يقع حقا لانه اذا لم يقع حقا
لم يوجد ما ينافى الضمان والمقتضى وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة وعلى طريقة الاجتهاد الذى قلنا فى طريق ابى يوسف
ومحمد رحمهما الله ان ضمان البدع الجهاد بطل بطريق الاجتهاد لا يضمن السارق المال لوقوع القطع موقعه بحسب الاجتهاد
والضمان والقطع حقا لا يجتمعان قال ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف العلماء فى
اشتراط حضور المسروق منه وطلبه ليثبت للقطع فقال ابن ابى ليلى رح لا حاجة فلا حاجة الى ذلك وان ثبتت بالبينة
بتغير ذلك لان الشهادة تبتنى على الدعوى فى حق الغائب يحضر هو او نائبه لا يقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يقع
استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط فى الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط
لظهور السرقة لقيام احتمال ان الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه ينتفى السرقة وكل ما هو شرط الشئ لا يتحقق
بدونه وكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه فى الكتاب واضح خلا ان فيه نوع
التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا يظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها
اى لظهور السرقة وهى الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثانى لعدم التفرقة بين الاقرار
والشهادة وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود وقد تقدم وقوله وصاحب
الربوا قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبض فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلثة
ولم يذكر العائد الآخر عند اخذ فى ربوا فكانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية للخصومة بخلاف رب
الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق قوله وكل من له يد حافظة كالمتولى فى الوقف والاب والوصى ولو سرق
سارق من احد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم يكن السرقة من عنده لقيام الملك وقوله لان الراهن استيفاء
منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففى بعضها الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء
الدين او بعده وفى بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا اما نقلا
فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال فى المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن
ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان يأخذ وكذا فى
الايضاح واما عقلا فلان السارق انما يقطع بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل
قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير فى بدونه راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى فى قيام الرهن
فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن امرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه منه
وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد ثم زفر والشافعى اتفقا فى الحكم واختلفا فى تخريج المسائل فخرج
بناء على اصله ان لا خصومة لهؤلاء المذكورين فى الاسترداد منع اذا بحجة من نوع بين المال ما لم يحضر المالك واذا
لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم وزفر يقول ولاية الخصومة فى الاسترداد ضرورة الحفظ
والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر فى حق القطع لانه ليس اى فى ظهورها فى حق القطع تفويت
الصيانة لان المال مصون على السارق فلو اشتغل فى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لا صيانة وهم
مامورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وهذا ظاهر والسرقة قد ظهرت عند
القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اى غير مقيدة فالموجب للقطع قد ظهر
عند القاضى بحجة شرعية فيترتب عليها القطع وانما قال الخصومة غير مقيدة فالموجب للقطع لان الاعتبار بالحاجة

الى استرداد اليد وهم فى ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل ليحصل
للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود فى هؤلاء اما المستاجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل
واما المرتهن والمودع فلرده الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت ان الخصومة مطلقة
اندفع ما قال زفر رح انها ضرورة الحفظ فلا يظهر فى حق القطع قوله والمقصود من الخصومة الى مقصود صاحب اليد
احيانا حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمنى غير معتبر وهذا جواب
عن قوله رح لان فيه تفويت الصيانة وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض جواب سؤال مقدر تقديره
انه ينبغى ان لا يقطع السارق بدون المالك كما فى مسئلة قبيل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر للسارق
بالمسروق وتوجيه الجواب بانه شبهة موهومة الاعتراض فلا يعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فان فيه شبهة
موهومة ايضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندى فى الوقت الذى سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط
حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك فى ظاهر الرواية وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن
محمد رح ان المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما يسرق من الذى كان
عنده فلم يجز ان يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة فى غيبة
المالك حيث لا يقطع ما لم يحضر مع ان العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت
عند القاضى بحجة شرعية وهى الاقرار موجودة وشبهة الاذن بالدخول فى الحرز او الاقرار بالمسروق للسارق فى
موهومة الاعتراض ومع ذلك لم يقطع اجيب بان الفرق من حيث ان الحجة فيه قد ظهرت فيها السرقة عقيب
خصومة معتبرة فلم يؤثر الشبهة فى دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم يكن كذلك
قال فان قطع سارق بسرقة المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل قطع يده او بعده
فان كان الثانى لم يكن له اى للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثانى اما السارق فلوجهين احدهما
ان المال غير متقوم فى حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبة فى نفسها والثانى ان يده لم يبق من
الايدى التى ذكرنا من يد ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه الصفة لا يعتبر فى القطع واما المالك فلان
الاول قوله وللاول اى للسارق الاول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه
وليس له ذلك فى رواية اخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن ان يكون يد ملك او ضمان او
امانة ولم يوجد وان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج
يده من كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والذى بالشبهة كعدم القطع ههنا وهذا
فرق ان المص رح بينهما ومن سرق سرقة فردها على المالك فاما ان ردها قبل الارتفاع الى الحاكم او بعده
فان كان الاول لم يقطع فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة بجامع
ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة وكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء وجه ظاهر الرواية
ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة يعنى ان السرقة يظهر
بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت ان الخصومة شرط
لظهور السرقة والخصومة قد انقطعت بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط
ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثانى قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى

لحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشيء يتقرر بانتهائه لا انه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا انه يبطل
لكنها اعني الخصومة يجعل باقيا تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه والى اخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا
الى امرأته او اجير مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او امه او جده سواء كانوا في عياله او لم يكونوا كالرد الى نفسه
استحسانا وان قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها المالك وسلمها اياه او باعها لم يقطع وانما فسر المص كلام الجامع
الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم يتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وقال زفر والشافعي
انه يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز
لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك وظهورا لان القاضي قد قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها
العارض يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك فيهما
انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احترازا عما اقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار
يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة ولنا ان الامضاء
من القضاء يعني ان استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او بالرجم او بالحد في هذا الباب
يعني باب الحدود ولوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء يعني ان القضاء في هذا الباب لا يعني
قضاء الا بالاستيفاء لان القضاء للاظهار ولا اظهار ههنا لان القطع حق الله وهو ظاهر عنده فلو لم
يجعل قضاء في هذا الباب لعري عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها فيه
اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا فهم تفويض استيفاء الحد
الى الائمة دون سائر الحقوق واذا كان كذلك اي اذا كان الامضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء
كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى
وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى
والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا يستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف في وقت
الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار قوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء يعني صار الملك الحادث بعد
القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض وكانه لم يقض ولقائل ان يقول جعلتم الخصومة
باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى اوجبتم
القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك الا تناقض
والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل الرد سوى الواجب عليه
بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك فكان شبهة في درء الحد قال وكذلك
اذا نقصت قيمتها من النصاب هذا معطوف على قوله فوهبت له قوله يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء بيان
لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني لو هلك درهم من
العشرة او استهلكه وهذا بناء على ان المعتبر قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم
فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر
فكذلك عن محمد رح في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ان كمال
النصاب لما كان شرطا في الابتداء يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا ان الامضاء من القضاء والفرق بينهما

الاستيفاء م

النقصان

النقصان في العين ان النقصان في العين مضمون عليه اي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب
كاملا عينا وقت الاخذ ودينا وقت الاستيفاء كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر فغير مضمون فكان النصاب
ناقصا عند القطع فصار شبهة قال وان ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم
يقم البينة وفسر المص بقوله معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وانما فسر بذلك احترازا عما اذا جعل
ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق وقال الشافعي رح لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه
الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة والشبهة يتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق
ولا معتبر بما قال انه لا يعجز عنه سارق بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح وما من مقر الا ويمكنه الرجوع
وكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة فما عرف
ولا يلزم ان يكون مورثا الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور انما
هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه واما بالنسبة الى المقر فهما سواء قوله واذا اقر
الرجلان بسرقة مبناه على صحة الرجوع وقوله لان الرجوع عامل في حق الراجع يعني لعدم المكذب ومورث للشبهة
في حق الاخر لان السرقة يثبت باقرارهما على الشركة فيكون فعلا واحدا وقوله لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة
يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز وجه القول الاخر
ان الغيبة يمنع ثبوت السرقة على الغائب لان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الغائب في هذه الشهادة كا
معدوم والعدم لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة على
ما يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال واذا اقر العبد المحجور عليه اذا اقر العبد
بسرقة فالمال اما ان يكون مأذونا له او محجورا عليه وكل واحد منهما على وجهين اما ان يكون المال قائما بعينه
او مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى او صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها
لوجود المقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند علمائنا الثلثة سواء كان الاقرار
بالمال قائم او مستهلك ويرد القائم على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان اقر بالمستهلك قطعت يده
عند الثلثة وان اقر بمال قائم بعينه في يده قال ابو حنيفة رح يقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف
يقطع يده والمال للمولى وقال محمد رح لا يقطع يده والمال للمولى حكي عن الطحاوي انه قال سمعت عن استاذي
ابن عمران يقول الاقاويل الثلثة كلها عن ابي حنيفة رح فبقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف
فاخذ به ابو يوسف رح ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه واصل ذلك ان القطع اصل والمال فقال ابو حنيفة
القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو قال ابغي المال ولا ابغي القطع لم يسقط القطع
وقال ابو يوسف رح كل منهما اصل اما اصالة القطع فبما قلنا في الحر اذا اقر وقال سرقت هذا المال من زيد
في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق القطع دون المال واما اصالة المال فلانه اذا سرق دون العشرة
لا يقطع والخصومة شرط ولولا ان المال اصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تعالى ويستوفى بلا
طلب وقال محمد رح المال اصل والقطع تبع ووجهه وجه ابي يوسف رح في اصالة المال واذا ثبت هذا ظهر في
الكتاب سوى الفاظ نبينها فقوله في الوجهين يعني فيما اذا كان المال قائما بعينه او مستهلكا قوله في الوجوه
كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا عليه او مأذونا له وفيما اذا كان المال قائما بعينه او مستهلكا قوله لانه يرد على

لحد يعني فيما اذا اقر بقتل الغير عمدًا وطولب يعني فيما اذا اقر بالسرقة وقوله يواخذ بالضمان يعني في المستهلك قوله والمال
يعني اذا كان قايمًا في يده قوله من حيث انه آدمي يشير الى ان وجوب الحد باعتبار انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه مال
مملوك والعبد في ذلك كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الجزاء كاقرار الحر وهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك ولا
يملك المولى على عبده الاقرار به فالعبد فيه نزل منزلة الحر كالطلاق قوله ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه
مال يعني لما صح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته
وقوله لما لا يتهم فيه اي على العبد من الاضرار لان ما لحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى
ومثله مقبول على الغير اي ومثل ما كان من هذا الاقرار فيه ساريًا الى المقر والى الغير يصح على الغير ايضًا بطريق
التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان لا دفي السماء
علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك
الحر المديون المفلس اذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرماء وقوله
ولا قطع على العبد في سرقته اي في سرقة مال مولاه قوله يؤيده ان المال اصل فيها اشارة الى ما مهدناه
من الاصل وقوله حتى يسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل ان يقول الطالب منه المال دون القطع ويثبت
المال دونه كما اذا شهد رجل وامرأتان او اقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع وفي عكسه بان قال
الطالب القطع دون المال لا يسمع الخصومة ولا يثبت القطع دون المال وقوله فلا يصح في حقه فيه اي فلا
يصح اقرار العبد في حق المولى في المال قوله والقطع يستحق بدونه اي بدون المال لان احد الحكمين ينفصل
عن الآخر الا يرى انه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل ورجل وامرأتان وكذلك يوجد ان يثبت
القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك قوله لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره
من حيث انه آدمي وقوله فيصح بالمال بناء عليه اي لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه آدمي مكلف صح اقراره بالمال
انه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدناه من اصله قوله لان الاقرار ولا في حالة البقاء يريد ان
الاقرار بالشيء اظهار امر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقًا على الاخبار وقوله حتى يسقط بالرفع لان
حتى بمعنى الغاية قوله باعتباره اي باعتبار القطع لما عرف من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط
العصمة والتقوم في حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لانه
مقصود بنية انما يكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اولا وجود القطع
مع عدم وجود الاصل قوله بخلاف الحر جواب عما استشهد به ابو يوسف رح بقوله اذا قال الحر الثوب الذي في
يد زيد الى آخره وبيانه ان الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد الى عمرو ولا يلزم عدم القطع لانه يجعل
المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه لما ان السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته
وان لم يرد المال اليه واما هاهنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال مال المولى في لا يجب القطع
لان العبد اذا سرق مال المولى لا يقطع يده ثم اتفق ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله على قطع يد العبد فقد جعلاه
سارقا مال غير المولى وهو الذي اقر بالسرقة منه قوله ولو صدقه المولى قد ذكرناه في اول البحث قال
ولو قطع السارق والعين قائمة في يده كلامه واضح قوله كما استهلك صيد حرم لحق في الحكم يعني من حيث انه يجب
قيمته المالك وبقيته الحق جزاء ارتكاب المحظور لله تعالى قوله او من باع الخمر الذمي يعني على اصلكم فان ضمان الخمر لانه

لايجب

لا يجب ضمانه وان كان للذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق
بعد ما قطعت يمينه لا يقال هذا الحديث يدل على ان العين اذا كانت قائمة لا ترد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما وقوله
ما يؤدي الى انتفائه انما كان ما يؤدي الى انتفائه هو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع قوله اذ لو بقي يعني معصوما حقا
للعبد لكان مباحا في نفسه لانه عرف بالاستقراء ان ما هو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه وكان المال المسروق
حراما من وجه دون وجه فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هو ان يكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فج بيدا
بالحديث فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه فهذا معنى ذكره المبسوط
اذ كانت المالية لله تعالى فتمامه باستيفائه وكان حكم الاخذ اي ان استوفى به القطع يتبين ان حرمة المحل
في ذلك الفعل كانت لله فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد
فيجب الضمان وقوله الا ان العصمة جواب سؤال تقريره العصمة لما انتقلت الى الله تعالى فصار المال المسروق
كالميتة والخمر فيجب ان لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رح وجوب الضمان فيه
وتقرير الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا
يتعدى الى فعل آخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة وهو كونه
حراما لعينه يعتبر فيما هو السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون لان جعل السبب الموجب للحد
احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه الشبهة ووجه المشهور وهو عدم وجوب الضمان في
الاستهلاك كما في الهلاك ان الاستهلاك اتمام المقصود بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق لتصرفه الى حوائجه
فكان جزء السبب لا انه فعل آخر فتعتبر الشبهة فيه لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب قال وكذا
يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قالت في النهاية
اي لان سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك وقوله
معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيانه
الملازمة انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب
المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك
حتى لو غصبه احد ضمنه هلك منه او استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير
دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه
اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا
لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة
بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالميتة
والجيفة والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة
وكلام المصنف يساعده فتأمل قال ومن سرق سرقات فقطع لاحدها فهو لجميعها كلامه واضح
وقوله لهما ان الحاضر ليس بنايب عن الغايب تقريره ان الحاضر ليس بنايب عن الغايب ومن ليس بنايب عن
الغايب ليس له الخصومة في حق الغايب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغايب
فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة وله انه

الواجب بالكل اى بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله تعالى فكلما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك الخصومة شرط الظهور عند الحاكم وقد وجد ذلك ايضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا فاذا استوفى معنى ذلك القطع الواحد فالمستوفى كل الواجب الا ترى ان المقصود هو الانزجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع الواحد فالمستوفى كل الواجب الا ترى ان المقصود هو الانزجار يرجع الى الكل يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو ابرأه الواحد عن ضمان الكل فصار كل يبرأ فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم ان وقوع القطع للجميع ثابت بالاجماع وقد علمنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك الجمع بين القطع والضمان وذلك تناقض وقوله وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد يعنى لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابى حنيفة رح لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة والشبهة ابتاعا لتلوا لثابت ذكرا ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوى بعد الشق عشرة دراهم قطع قيد بقيدين ان يكون الشق في الدار وان يساوى عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوى عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق عن العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شقه في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابى يوسف رح انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وملك المضمون ولهذا قلنا لمالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما ان السرقة تمت على عين غير مملوكة للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك ولنا ان الاخذ اى هذا الاخذ الذى فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس موضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اى مثل هذا الاخذ الذى هو سبب الضمان لا يورث الشبهة لانه ليس موضوع للملك كنفس الاخذ فانه يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم يعتبر شبهة وكما اذا سرق البائع معيبا بالعيب ولم يعلم المشترى بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فكذلك ههنا يقطع وان فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا يقال الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهى ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب واورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشئ آخر فان اختار تضمين قيمة الثوب

كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهبت بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله اى هذا الخلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا وهو الذى يفوت به بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجئ تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة قوله وان سرق شاة فذبحها ظاهر وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اى يساوى عشرة دراهم وصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وهو ظاهر قوله واصله في الغصب يريد ان ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وبين الصنعة يقطع عندهما خلافا له ولهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك يقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة او حديدا فجعله درعا فانه ينقطع به حق المالك وله ان العين في باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم اولى من الزائل الغير المتقوم وقوله فلم يملك عينه اى عين المسروق وفي بعض النسخ عينها اى عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة قوله فان سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر الى آخره فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة رحمهم الله في السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب ولكن قول المص رح الا ترى انه غير مضمون الى آخره انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وهذا قريب المذهبين واختيار محمد رح واضح وقوله ولهما اى لابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ان الصبغ قائم صورة ومعنى اما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قائم صورة لتمكنه من الاسترداد لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك وكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعنى التي اعتبرها صورة النزاع لان كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه يعنى الوجه ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابى حنيفة ومحمد رح ولا يؤخذ منه عند ابى يوسف رح لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابى حنيفة رح فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى فلا يوجب انقطاع حق المالك واما عند محمد رح فان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص المالك باخذ ماله وهتك حرزه ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق واما اخراج عن السرقة الصغرى لانه اكثر وجودا منه وقوله واذا خرج جماعة ممتنعين ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمى

وتحريق واخية العبد واراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير على نفسه بقوته
وشجاعته وكلامه واضح وقوله قتلهم حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان
المال في البراري محفوظ بحفظ الله فاذا اخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب قوله والمراد منه
التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك ان الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى الظاهر كلمة او قوله
وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة يعني قوله فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا قوله وان اخذوا
مال مسلم او ذمي وقوله وان قتلوا ولم يأخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعيد هذا من القتل واخذ المال قوله ولان
الجنايات تتفاوت على الاحوال اي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق فاللائق تغلظ الحكم اي الجزاء بتغلظ
الجناية لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف او بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة قوله ولا
في هذا البحث قد قررناه في التقرير وسنوفي قوله فلانه المراد بالنفي المذكور يعني عندنا فان قلت فيم يقول
المراد بالطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما وجد له نظير
في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له وقوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الى آخره قال الحسن بن زياد
الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق
باخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا تغلظ
الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ فوق النصاب
بهذا الحد وحد السرقة سواء قوله لئلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء او مقطوعة
لم يقطع رجله اليسرى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه يقطع رجله اليسرى وقوله فان الامام بالخيار
حاصله ان الامام بالخيار في الجمع بين العقوبتين بين قطع الايدي والارجل مع القتل والصلب وبين
القتل او الصلب ابتداء من غير قطع الايدي والارجل وكذلك للامام الخيار عند ترك قطع الايدي والارجل
بين القتل والصلب فكان الخيار للامام في موضعين وهذا قول ابي حنيفة رح وذكر في الكتاب قول ابي يوسف
معه وقال محمد رح يقتل ويصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف مع محمد لان قطع
الطريق جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس دخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم
فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله قوله ولهما اي لابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وهو ظاهر فالتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنا لا يتداخل
فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز ان يترك بعض الجلدات اجيب بان
ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في اجزاء حد واحد فكان
له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة
فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والمبيح الشق من صدره وقوله وعن الكرخي مثله اي مثل ما نقل
عن ابي يوسف رح انه قال يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت قوله فيتقطع المثلة لانها منهي عنها نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور قوله بما ذكرنا اي بالصلب ثلثة ايام قال
واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه واذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال اخذه كالسارق اذا قطع يده قوله
واضح قوله انحازوا اليهم اي انضموا قوله وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح جعل الامام

حالة خامسة من احوال قطاع الطريق والنص لم يذكرها في الاجمال بل قال هي اربعة لان مراد النص الاحوال التي يدل عليها الآية
المذكورة في النص وهذا وهي اربعة كما ذكر وقوله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عصمة المال بناء على ان ما دون النفس
يجري مجرى الاموال وكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في الجراح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم يسقط
لصارت شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه علم ان حق الله ليس بموجود
فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع قوله فان شاء الاولياء قتلوه يعني قصاصا قوله لاستثناء المذكور
في النص يريد قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم واعترض بان قوله
الا الذين تابوا ههنا نظير في قوله واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فيكون استثناء من قوله ولهم في الآخرة
عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله واولئك هم الفاسقون
لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير بخلاف قوله ولهم في الآخرة عذاب عظيم واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على
رد المال ولا فائدة لو كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله او لان التوبة يتوقف على رد المال وان كان الاول كان
الثاني داخلا في الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى
حكم واحد واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع في الحال والاجتناب
في المآل والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم
ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمص رح جمع بين قولي المشايخ بهذا الطريق ذكر
الاختلاف الامام فخر الاسلام رح في مبسوط قوله ولا قطع في مثله اي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة
تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع لانتفاء
شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي ولي القصاص او يعفو قوله ويجب الضمان
معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان لسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف
على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك او الاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب بانا نفرض المسئلة
فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر او هلك في يده
حيث يجب ويصح توبته ويجب الضمان واقول هذا انما يتم ان لو كانت التوبة متوقفة على رد المال بجملة عند القائلين
بذلك واما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الآخر من المشايخ
وقوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم يعني اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل ولا اعتبار فلا يجب الحد على الكل
قوله فصار كالخاطئ مع العامد يعني اذا رمى رجلان الى انسان عمدا ورماه آخر خطأ فاصابه السهمان معا ومات منهما
لا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل المخطي شبهة في حق العامد وقوله فقد قيل تأويله ذهب ابو
بكر الرازي الى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من
احدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع عن احدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين
واما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لان الامتناع في كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز
ذي الرحم المحرم من احدهم مالا ومن حرز اجنبي مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لان
الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله والاصح انه مطلق اي ليس بمقيد بكون المال
مشتركا لان الجناية واحدة على ما ذكرنا وهذا لابي حنيفة وزفر رحمهما الله فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين

بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين منفصل عن الآخر حقيقة وحكما قوله بخلاف ما اذا كان فيهم
مستأمن جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كما لا يقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا فيهم
يسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستأمن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة
وهو اي الخلل يخص المستأمن فلا يصير شبهة لان الشبهة في غير المحل لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الجماعة عشرة دراهم
واما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحد لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكأنه كان القريب سرق
مال القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحد وقوله ومن قطع الطريق ظاهر قوله ولا
يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه قدر البعد بين المصر وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله لما بينا اشارة
الى قوله لظهور حق العبد قوله ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون
ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي

كتاب السير

قدم الحدود
على السير لان كل واحد منهما حسن لعينه غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به الا ان الحدود معاملة مع المسلمين
غالبا او على الخصوص كما في حد الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم المسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة
من السير وهي الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة حالة
السير الا انها غلبت في لسان الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع المغزاة من
غزوت العدو قصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة قال الجهاد فرض على الكفاية قيل الجهاد
هو الدعاء الى الدين الحق والقتال لمن امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية
اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين وهو دليل قطعي فيفيد
الفرضية ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة اي نافذ من مضى الامر مضاء اذا نفذ فان قيل
كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد اذا تأيد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية
اليه وههنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لانا لا نسلم انه اذا تأيد بالقطعي افاد
الفرضية فان الفرضية تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم نذكره للدلالة على الفرضية
بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيمة فان الدليل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز
ان يكون بيانا لما احتمله النص واما كونه فرضا على الكفاية فلانه لم يفرض لعينه لكونه افسادا في نفسه وتخريب البلاد
وافناء العباد ولكن لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة
الجنازة ورد السلام والمراد بالكراع الخيل وقوله انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شبانا وشيوخا
او مهازيل وسمانا او صحاحا ومراضا واعترض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فاوجه تخصيصه بالنفير العام واجيب
بانه دفع الحرج ولان النبي عليه السلام كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام
ولان الله تعالى قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى ووجه الاستدلال
ان الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لا يستحق القاعد الوعد بل الوعيد ثم الجهاد
يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه واما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا
احتيج اليهم اما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو واما بالتكاسل فيفترض على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض على
جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج قوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد بالاول

الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وكان مجموع المستثنى والمستثنى منه
اشارة الى ذلك واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام قال وقتال الكفار واجب وان لم
يبدؤا وقتال الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام واداء الجزية واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات الواردة في
ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله
تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال اجيب بانه منسوخ وبيانه
ان رسول الله عليه السلام كان في الابتداء مأمورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل واعرض
عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة
الآية ثم اذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون الآية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر
بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الآية ثم امر بالبداءة بالقتال
مطلقا في الازمان كلها وبالاماكن في اسرها فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية قوله
ولا يجب الجهاد على صبي ظاهر قوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء اراد بالجعل ما يضربه الامام للغزاة على الناس
بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها وقوله
يقوي الاعزب يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء في الحديث
وهو شاب اعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد

باب كيفية القتال

لما كان
الامر الاول في باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته المدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى
ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن وقوله دعوهم الى الاسلام قيل لا يخلو من ان يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة او لم تبلغهم فان
كان الثاني لا يحل القتال الا بعد الدعوة لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك
وكان النبي عليه السلام اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلوة واذا فرغ جدد الدعوة
ثم شرع في القتال وقوله كفوا عن قتالهم اي امتنعوا عن قتالهم او منعوا انفسهم منه فكف لازم ومتعد قوله على ما نطق
به النص يعني قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى ان قال حتى يعطوا الجزية عن يد وقوله وهذا في حق من يقبل
منه الجزية ظاهر قوله فيكتفي بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال بنصب مؤنة على المفعول الثاني قوله لما روى
انه عليه السلام بعث عليا رضي الله عنه في سرية وقال لا تقاتلهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله لعدم العاصم اي الموجب
للعصمة وهو الدين على مذهبنا والاحراز بالدار على مذهبنا قوله مبالغة في الانذار لان النبي عليه السلام اذا
قاتل قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلوة ثم عاد بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه وقوله اغار على بني
المصطلق اي اخرجهم من جنانهم مسطيهم وهم غارون اي غافلون وابني على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم
قبيلة والغارة لا تكون بدعوة لان فيها ستر الامر والاسراع لانها اسم مصدر الاغارة التي هي مصدر اغار الخليب
او الفرس اغارة وغارة اذا اسرع في العدو وقوله البوتية على وزن مصغر القادر والكتب هو الذل والهوان قوله
وان كان فيهم اسير مسلم او تاجر قيد بما قال الحسن بن زياد انه اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنيع لم يحل
له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين
فكان مراعاة جانب المسلم اولى من هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعه المشبه
المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص واذا اجتمعا

يقدم دفع الضرر العام على الخاص ولانه لما يحل حصن من حصونهم عن مسلم اسيرا او تاجرا فلو امتنع عن الرمي باعتباره
لانسد بابه اى باب الجهاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام الى آخره قوله وما اصابوه
منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي رح فيه الدية والكفارة لان هذا
هو بعينه صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة الحال
عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة ولنا ان الجهاد فرض وكل ما هو فرض فالغرامات
لا تقترن به لان الفرض مامور به لا محالة وسبب الغرامة عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل
في معارضة قوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اى مهدر والتعليل في مقابلة النص باطل اجيب بانه مخصوص
منه البغاة وقطاع الطريق فيخص صورة النزاع بما قلنا وفيه نظر لان القرآن شرط وهو ممنوع والاولى ان يقال معناه
ليس في الاسلام معنا في دار الاسلام دم مفرج وما نحن فيه ليس بدار الاسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة جواب عن
قياس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول الغير حالة المخمصة يطلق لكن
الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب ان الجائع يقدم على التناول عند دفع الهلاك وان كان فيه ضمان لما فيه
من احياء نفسه وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس اى نفس سواد الكفار
وقد يكون فيهما مسلم فلو وجب الضمان بقتاله لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض ويجوز ان يكون معناه الجهاد
مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما ان يقتل وقد صادف المسلم او يقتل فلو الزمنا الضمان امتنع من
الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن وقوله هذا الضمان منسوب على المعقول له قال
ولا باس باخراج النساء والمصاحف كلام واضح سوى ما نبه عليه السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار
وعن ابي حنيفة رح اقل السرية مائة وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه ثلثة ولو بعث بما دونه جاز
وقال الحسن بن زياد رح في نفسه اقل السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة آلاف قوله وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام
لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو رواه ابن عمر رض وانما قيد التأويل بالصحيح احترازا عما قال ابو الحسن القمي
انه كان في ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روى عن الطحاوي رح قوله لما بينا اشارة الى قوله في الباب
السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله الا ان يهجم استثناء من قوله لا يقاتل يعني عند الضرورة بان لا يكون لله
الجهاد يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده قوله والمثلة المروية يقال مثلث بالرجل امثل به مثلا
ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه وما اشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد نسخت بالنهي المتأخر
روى عمران بن الحصين رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا
على الصدقة وينهانا عن المثلة تخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة وقوله ولا شيخا فانيا قال في
الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر
على الاحبال ولا يكون من اهل الرأي والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه يقاتل محاربة وبصياحه يحرض
على القتال وبالاحبال يكثر المحارب قوله لان المبيح عنده اى القتال الكفر وعندنا هو الحراب وقوله لما بينا اشارة
الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل في الحرب وقد صح ان رسول الله عليه السلام والمراد بالذراري
هنا النساء قوله ها كلمة تنبيه الحقت باخرها هاء السكت وقوله الا ان يكون احدهم ممن له رأي في
الحرب لما صح ان رسول الله عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة

وستين

وستين سنة لانه كان صاحب رأى وقوله وهو في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل او لم يقاتل كالصحيح فانه
يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل في حال افاقته لانه ممن يقاتل ويحارب قوله امتنع عليه اى يقف عنه ويحاجه
فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع

باب الموادعة ومن يجوز امانه

الموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهي من الودع وهو الترك
وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان ذلك مصلحة قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم
ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال بها مخالفا للمدعى واجيب بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في الموادعة
مصلحة المسلمين بدليل آية اخرى وهي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة
للقتال والا لزم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما كما
ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية
وهي عشر سنين وكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة
تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص قوله لتعدي المعنى يعني دفع الشر وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا
حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم عملا بقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان الموادعة ترك الجهاد صورة
ومعنى اما صورة فظاهر حيث ترك القتال واما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة المسلمين لم يكن في تلك الموادعة
دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا قوله نبذ اليهم نبذ الشيء من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه
وهو من ذلك لانه طرح له وقوله نبذ اليهم اى بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم في
العهود وفاء لا غدر اى عهود وفاء قوله ولا بد من اعتبار مدة الى آخره قال الله تعالى واما تخافن من قوم
خيانة فانبذ اليهم على سواء اى على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان
يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر وقوله لما بينا من قبل يعني قوله انه
ترك الجهاد صورة ومعنى قوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اى اذا لم ينزل المسلمون بدارهم قوله لانه مأخوذ
بالقهر معنى يعني فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال وقوله لما فيه من اعطاء
الدنية اى النقيصة وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين فح لا باس بدفع المال لما
روى ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما اخبر الله عنهم بقوله هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا
زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان
يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدى رسول الله عليه السلام قام سيدا
الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض بما امرت به وان
كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشراء او
قرى فاذا اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه السلام اني رأيت العرب
رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذاك اذهبوا فلا نعطيهم الا السيف
فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء لما احس بالضعف بالمسلمين وحين رأى القوة فيهم بما
قال السعدان امتنع عن ذلك قوله باي طريق يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يكن دفع الهلاك عن نفسه
الا باجراء كلمة الكفر او بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها

بصيرة منها كان تنبيها واجيب عنها بان معنى الكلام بأي طريق يكن سوى الاسود التي دخل فيها ولم يجب الاقدام عليها
والقول الواجب يعني الثابت فيندفع به **قوله** ولا يجيزا اليهم اي لا يبعث التجار اليهم بالجهاد وهو فاخر المتاع والمراد به هنا
السلاح والكراع والحديد **قوله** لما بينا يعني قوله لان فيه تقويتهم على قتال المسلمين يقال مار اهله اي اتاهم بالطعام

فصل لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل
على حدة وكلامه واضح **قوله** ويسعى بذمتهم اي بعهدهم وامانهم اي اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه وانما فسر الادنى
ههنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد ادنى المسلمين **قوله** ولانه اي
كل واحد من الرجل والمرأة من اهل القتال اما الرجل فظاهر واما المرأة فبالتسبب بالمال او العبيد واما قوله عليه السلام
ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها **قوله** للملاقاة اي للملاقاة الامان محله اي محله هو محل الخوف وهو موجود فيها
على ما ذكرنا **قوله** ثم يتعدى الايمان الى غيره **وقوله** ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق بالقلب فكذا الامان
لا يتجزى فاذا تحقق من بعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا زوجها النكاح
من احد الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في الكل لان سبب ولاية وهو القرابة غير متجزئ فلا يتجزى الولاية
كذلك هنا واعلم ان المص استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احدهما كون من يعطي الامان ممن يخافونه
وفي الآخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلها
علة واحدة بحذف الواو عن الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن ان يجعل الاول علة والآخر
شرطا وسماه سببا مجازا والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا **وقوله** الا ان يكون
في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم **قوله** وقد بيناه يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الى آخره
والبداءة ايضا بقوله لما بينا قبل قوله ولو حاصر الامام حصنا وآمن واحد من الجيش نكرا ويحصل لانه علم ذلك من قوله
الا ان يكون في ذلك مفسدة والاول يجوز ان يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهنا بعده ويجوز ان يكون اعاد
تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه اي لسبقه على رأي الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد
بالرأي وهو افتعال من الفوات وهو السبق **قوله** ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم اي بالكفار للاتحاد في الاعتقاد
قوله لا يصح امانه لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال ولا يجوز امان العبد الا ان يأذن له المولى
على ان امان العبد المأذون صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهم بالفارسية مترسيد ورمى به الى قوم محصورين
فرفع ذلك الى عمر فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل واما
العبد المحجور عن القتال فلا يصح امانه عند ابي حنيفة رح ويصح عند محمد والشافعي وذكر الكرخي قول ابي يوسف مع
محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكر الطحاوي مع ابي حنيفة وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار
واستدلال محمد بالحديث ظاهر **قوله** ولانه مؤمن ممتنع اي ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو
الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع **قوله** والمؤبد من الامان يعني عقد الذمة
فان الحربي اذا اعتقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح هذا العقد والقبول من
العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع من الخروج الى دار الحرب وقصاص الطرف
وغير ذلك **قوله** فالايمان لكونه شرطا للعبادة يعني شرطنا الايمان في قولنا ولانه مؤمن ممتنع ليصح امانه لانه شرط
للعبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم ويجيء في كلامه اشارة الى هذا **قوله** والامتناع

وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به **وقوله** والتأثير اعزاز الدين يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على
المأذون اعزاز الدين واقامة المصلحة الى آخره وتحقيق هذا ان الوصف المؤثر في امان العبد المأذون وهو الامتناع
وشرطه الايمان وهذا الوصف معدل لظهور اثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في هذا
الحكم وهو الامان في الحربي فاذا وجد في المحجور وجب صحة تعديته اليه كما في ساير الاقيسة **قوله** وانما لا يملك المسابقة جواب
عما يقال الاصل في الجهاد هو المسابقة وهو لا يملكه فلا يملك الامان ايضا وتقريره انما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل
منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل لمنافعه في مجرد القول **وقوله** ولابي حنيفة انه محجور عن القتال فلا يصح ان يكون
ممانعة وتقريره لانه وجد الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضة
وهو الظاهر من كلام المص وتقريره انه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح امانه لانهم لا يخافونه وفيه
نظر فان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من اين يعلمون انه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه ولو
ان ذلك يعلم بترك المسابقة فانهم لما رأوا شابا معتمدا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا
انه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المص انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان اسهل اثباتا لمذهب
ابي حنيفة رح فتامل **وقوله** وفيه ما ذكرناه يريد به انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر **قوله** وفيه
سد باب الاستغنام اي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر
المولى والمسلمين **قوله** بخلاف المؤبد جواب عن قياس محمد رح صورة النزاع على عقد الذمة لانه اي الامان
المؤبد خلف عن الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي فهو بمنزلة الدعوة اليه اي الى
الاسلام وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي نفع ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا
عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه واسقاط الفرض نفع فافترقا **قوله** تنوع على الخلاف يعني على قول
ابي حنيفة رح لا يصح امانه وعند محمد يصح **وقوله** فالاصح انه يصح بالاتفاق اي باتفاق اصحابنا الثلاثة على الخلاف
لانه تصرف داير بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن

باب الغنائم وقسمتها

اخر باب الغنائم عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة اما يؤمنهم او يقاتلهم و
يستغنم اموالهم فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من اهل الشرك عنوة والحرب
قائمة وحكمها ان يخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا قال في النهاية
وقوله قهرا ليس بتفسير لغة لانه من عنى يعنو عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهرا متعد بل يكون هو تفسيرا من
طريق سعة الذهن لان من الذل يلزم القهر اذ الفتح بالذل مستلزم للقهر فهو بالخيار ان شاء قسمه اي
قسم البلدة بتأويل البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه
ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة فان قيل
قد خالفه في ذلك جماعة اجاب بقوله ولم يحمد من خالفه بدليل ان نفرا يسيرا منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال
اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف اي ماتوا جميعا وفي كل ذلك قدوة فيتخير ولقائل
ان يقول لا نسلم ان احدا من الصحابة بل اكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله عليه السلام اذا لم يصل
الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي عليه السلام اذا لم يعلم انه عليه السلام على
اي جهة فعله يحمل على ادنى منازل افعاله وهو الاباحة وهو لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل

جاز ان يعمل بخلافه والثانى انه على تقدير انه عليه السلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رض فعل ما فعل مستنبطا من قوله
تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى وما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى
فيكون ثابتا باشارة النص وهى تفيد القطع فيكون الواجب احدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما فى
خصال الكفارة ففعل النبى عليه السلام احدهما وعمر رضى الله عنه الآخر وقيل فى التوفيق بينهما ان الاولى هو
الاول عند حاجة الغانمين كما فعل النبى عليه السلام فانه كان عند حاجة المسلمين والثانى عند عدم الحاجة كما
فعل عمر رض ليكون عدة فى الزمان الثانى وهذا اى اقرار اهل البلد على بلدهم بالمن عليهم فى العقار واما فى المنقول المجرد
فلا يجوز المن بالرد بان يدفع اليهم مجانا ويمن به عليهم وانما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم فى المنقول
بطريق التبعية بالعقار وذلك فى قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر
ما يتهيأ لهم العمل قوله لانه لم يرد به اى بالمن الشرع فيه اى فى المنقول المجرد فى العقار خلافا للشافعى رح فان عنده
يجوز المن به قال لان فى المن ابطال حق الغانمين عندكم لان حقهم قد ثبت وتأكد فى الاحراز فقد صار بمنزلة [illegible]
واجراء احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم يعنى عندى فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز فلا يجوز
يعنى ابطال كل واحد من الحق والملك من غير بدل يعادله فان قيل الخراج يعادله اجاب بقوله والخراج غير معادل
لقلته فان قيل فالحق او الملك ثبت فى رقابهم ايضا وجاز ذلك فيها اجاب بقوله بخلاف الرقاب يعنى ان حقهم
متعلق بها لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل فكذا له ان يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانها خلقت فى الاصل
حرا والملك يثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم احرارا فقد بقى حكم الاصل وكان
جائزا والحجة عليه ما روينا يعنى من فعل عمر رض وقوله ولان فيه نظرا يعنى ان تصرف الامام وقع على وجه النظر فى
اقرار اهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد وكان يكثر عليهم العدو وربما لا
يهتدون لذلك العمل ايضا فاذا تركها فى ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا اكارا لا كره اى المزارعين العاملة للمسلمين
العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأتون من بعد كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزا
قوله والخراج وان قل جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره والخراج وان قل حالا لكنه بعض يمكن
ان يخرج فى سنة فقد جل مالا لدوامه بوجوبه كل سنة وقوله وان من عليهم ظاهر قوله ليخرج عن حد الكراهة يعنى
ما قال الامام [illegible] فان من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره
لانهم لا ينتفعون بالاراضى بدون المال ولا بقاءهم بدون ما يكون به تزجية العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل فى الاراضى
قال وهو الاسارى بالخيار للامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلثة ان شاء
قتلهم لانه عليه السلام قد قتل عقبة ابن ابى معيط والنضر بن ابى سهل بعد ما حصلا فى يده وقتل بنى قريظة بعد
ثبوت اليد عليهم فان اسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل وان
شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فان اسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان
الرق جزاء الكفر الاصلى على ما عرف بخلاف ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل ولا الاسترقاق ايضا
لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين
لما بينا من فعل عمر رض فان قيل فاقتلوا المشركين نص فى ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه نسخ العمل به فى حق
اهل الذمة والمستأمن فكذا فى المتنازع فيه بفعل عمر رض قوله الا مشركى العرب استثناء من قوله وان شاء

تركهم احرارا ولقائل ان يقول بعض الادلة يدل على خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام مخيرا بين الامور الثلثة
والادلة تدل على وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة الفساد وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع
شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول واقوى ثم استدل بفعل عمر رض بقوله لما بيناه وهو انما يصح على
تقدير ان يكون ما فعله واجبا والا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور
واجب والامام مخير بينها كما فى الواجب المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظاهر قوله ولا يفادى بالاسارى المفاداة
بين اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى اى لا يعطى اسارى الكفار ويؤخذ
منهم اسارى المسلمين او المال عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحهما الله يفادى بهم اسارى المسلمين ولا
يجوز الفدية بالمال وجعل فى السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن ابى حنيفة ووجه ذلك ما ذكره ان فيه تخليص
المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله وله ان فيه تقوية وفى بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز ان يورد
هذا فى معرض دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر فى صورة الرمى عند التترس بالمسلمين واما المفادات
باخذ المال منهم فى اطلاق اسراهم فلا يجوز فى المشهور من مذهب اصحابنا لما بيناه ان فيه تقوية او معونة للكفرة
بعودهم حربا علينا وفى السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ويجيء جوابه
قوله ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل
خلافا للشافعى رح فانه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر يعنى ابا عزة الجمحى ولنا قوله تعالى
فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين فلا يجوز اسقاطه
بغير منفعة وعوض كسائر الاموال المغنومة وما رواه من المن على ابى عزة فهو منسوخ بما تلونا وكذلك قوله تعالى
فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة اسارى بدر لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تعينت وجوب القتل فى
كل حال لقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا على انه
مخصوص حيث خص منه الذمى والمستأمن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهما او بحديث ابى عزة او غيرهما والجواب
ان قياس الاسير على الذمى فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهى المناط وكذا على المستأمن لعدم استرقاق
رقبته وحديث ابى عزة متقدم على الآية وغيرها غير معلوم فلا يجوز التخصيص بشيء من ذلك والمواشى جمع ماشية
وهى الابل والبقر والغنم والماكلة بفتح الكاف وضمها بمعنى وكلامه ظاهر قال ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب
قسمة الغنيمة فى دار الحرب لا يجوز عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف رح جاز والتاخير الى الخروج الى دار الاسلام
احب الى وقال الشافعى رح لا باس بذلك والاصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا
وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرها فى الكفاية اى فى كفاية المنتهى منها ان الامام اذا باع
شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة او باع احد الغزاة لا يجوز عندنا لعدم الملك وكذا لو اتلف احدهم شيئا فى دار الحرب
لم يضمن وكذا لو مات احدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة فى دار الحرب شاركوهم فى الغنيمة و
له ان سبب الملك [illegible] وقوله والثانى ان اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام منعدم لتقدرهم اى لقدرتهم
على الاستنقاذ ووجوده اى وجود الاستنقاذ ظاهر لكون المسلمين فى ديارهم قوله ثم قيل موضع الخلاف
اى ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة
فى نصيبه من الاكل والوطى وسائر الانتفاع اولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله لان حكم الملك لا يثبت

بدونه اى بدون الملك معناه ان ترتب بعض الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعند ترتبه بعض القسمة
الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة
لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود
العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا
جاز بالاتفاق **وقوله** وقيل الكراهة اى حكم قسمة الغنائم فى دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما فى القسمة
من قطع شركة المدد فيقل رغبتهم فى اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر
وراء ما يتم القسمة به فلا يمنع جوازها وهى كراهة تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله
لا يجوز القسمة فى دار الحرب وعند محمد رح الافضل ان يقسم فى دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى ان قول محمد
على خلاف قول ابى حنيفة فى القسمة فى دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم حتى تعرض فى ظاهر الرواية عن
اصحابنا وفى غير ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن ابى يوسف رح كما ذكرناه ايضا قوله على قول ابى حنيفة وابى يوسف
رحمهما الله لا يجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفى الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح
والمخلص عنه انهم اختلفوا فى المراد بقوله ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة
حتى لا يثبت الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد بها الكراهة وعلى هذا قوله على قول ابى حنيفة وابى يوسف
رحمهما الله لا يجوز القسمة انما يتضح على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح
على المبيح الا انه تعارض سبب الجواز بالاتفاق اما عندك فتعين فيجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج
الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة لان الدليل المرجح لما يبطل بالكلية حصل من
معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سور الحمار **قال** والردء والمقاتل فى العسكر سواء الردء
وهو العون والمقاتل وهو المباشر فى العسكر فى استحقاق الغنيمة سواء لاستوائهم فى السبب وهو مجاوزة الدرب
بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عنده رح على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا من الاستواء
فى السبب **وقوله** واذا لحقهم المدد ظاهر **قوله** بناء على ما مهد من الاصل يريد به ما مر ان سبب الملك عنده هو الاخذ
والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شاركهم المدد فى الجيش فى الاحراز الذى يتم به السبب شاركوهم
فى تاكد الحق به كما لو لحقوا بهم فى حالة القتال وانما ينقطع المشاركة بالاحراز او بقسمة الامام فى دار الحرب او
ببيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد **وقوله** ولا حق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة باطلاق
يفيد نفى السهم الكامل والرضخ وكذا ذكره فى المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو
الا ان يقاتلوا فلهم السهم وقالا انه رح يسهم لهم فى قول العمر رضى الله عنه وصلى عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه
وجد الجهاد معنى بتكثير السواد **قوله** ولنا انه تعليل الصحابى او تاويله انه شهدها على قصد القتال لا الاخذ
ان الكفار يشهدونها وليس لهم شى وان لم يكن للامام حمولة يفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار
قسمها بين الغانمين قسمة ايداع وكلامه واضح **وقوله** لانه ابتداء اجارة اى من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة
مستاجرة فى حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما فى مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا
فمضت المدة فى وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضاء المالك **قوله** فصار كما اذا نفقت
دابته يعنى كونه ابتداء اجارة من كل وجه **وقوله** ويجبرهم فى رواية السير الكبير ظاهر ويكون الاجر من الغنائم ايضا

به قبل الخمس لان فى هذا الاستيجار منفعة للغانمين فهو كالاستيجار لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب الحمولة
لا يمنع عن صحة الاستيجار لان شركة الملك هى التى تمنع صحة الاستيجار لا شركة الحق كما فى مال بيت المال **وقوله**
ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة واضح مما تقدم **قوله** ولا ملك قبل الاحراز فيه نظر لانه ينافى قوله فيما تقدم
اذ بكل منها يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمة فى دار الحرب وبيع المغانم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هناك
او لان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للامور الاصلية **وقوله** وقد بيناه اى فى مسئلة قسمة الغنيمة فى دار الحرب
قوله ولا باس بان يعلف العسكر اى دوابهم العلف فى دار الحرب **وقوله** ولم يقيده بالحاجة يعنى القدوري
فى مختصره وقد شرطها يعنى محمدا فى رواية وهى رواية السير الصغير ولم يشترطها فى الاخرى وهى رواية السير الكبير
ووجه كل منهما ما ذكره فى الكتاب وهو واضح **قوله** وعلف ظهره اى دابته ولفظ الظهر مستعار لها والميرة
الطعام فيعتبر حقيقتها اى حقيقة الحاجة فى السلاح **وقوله** والدابة مثل السلاح يعنى فى اعتبار حقيقة الحاجة
لكن اذا اعتبر حاجة الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهى كالطعام ويستعملوا الحطب وفى بعض النسخ الطيب
قيل ليس بصحيح لان القدوري نفسه قال فى شرح مختصر الكرخى بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب
فلتعذر النقل من دار الاسلام جاز استعماله كما فى العلف واما الادهان فالمراد به الدهن الماكول كالزيت
لانه لما كانت ماكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع به ويرده الى الغنيمة **وقوله**
ويوقح به الدابة التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفى من كثرة المشى ونقل عن المص رح بالراء والحاء المهملة
وهو الاصلاح قال هكذا قرانا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاول ههنا اولى اليق قلت
هذا التعليل انه كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطأ **قوله** وتاويله الى آخره انما احتاج
المص الى هذا التاويل لانه اذا احتاج الغازى الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز **وقوله**
وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى آخره **قوله** ولا يجوز ان يبيعوا اى لا يجوز ان يبيعوا
بالذهب والفضة ولا يتمولوه اى يبيعونه بالعروض **وقوله** على ما قدمناه يعنى انه لا ملك قبل الاحراز وكلامه
واضح **قوله** يباح له الانتفاع فى الفصلين اى فى فصل السلاح وفصل الثياب والدواب **قال**
ومن اسلم منهم انما احتاج المص الى قوله منهم فى دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستامن دخل دارنا
بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده واموال كلها فى ء والفى ء ما نيل من الكفار بعد ما تضع
الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام **وقوله** لان الاسلام ينافى ابتداء الاسترقاق لانه يقع جزاء الاستنكاف
عن عبادة ربه فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله بان صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت
الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق
حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم **قوله** واولاده الصغار وكل ما لا منصوب بالعطف على مفعول
احرز **قوله** فى يده صحيحة احتراز عن يد الغاصب **وقوله** بخلافه احتراز عن يد الحربى **قوله** وقيل هذا اى كونه فيئا
على قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله الآخر قال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط والجامع الصغير فما كان
فى يده من المال فهو له الا العقار فانه فى ء فى قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح استحسن فى العقار
ان اجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما فى الكتاب باعتبار قول محمد رح الا ان يكون عنه
ايضا روايتان فقدها ان الخطأ اذا ذاك **وقوله** عندهما اى عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لان اليد على العقار

انما يثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين
فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد لا يثبت و وجهه في الايضاح كما مر لا يتبعه في الاسلام لان المسلم يتدرج
الكتابية وبقي كتابية ولم تصر مسلمة تبعا له وجها اذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها في حكم الحل لانه كالعضو منها
هو يقول انه اى الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل ولنا انه جزؤها وهي فيء فصار فيئا
بجميع اجزائها الا يرى انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر اجزائها وكذا الحمل
لا يصير بنفسه عند اعتاق الام مستثنى بحال فكذا في حال الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى عند تبعا للام
في الام وقوله والمسلم محل للتملك جواب عن قوله وهو مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل
للتملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام ابيه
قوله بخلاف المنفصل جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله واولاده الكبار فيء ومن قاتل من عبيده
فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار واهل الدار فيء ومن لم يقاتل فليس فيء لانهم
اتباعه وقوله وما كان غصبا في يد حربي او وديعة لان يده ليست بمحترمة اعترض عليه بانه
ما اقام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي في
المودع المسلم كان الواجب ان يكون يد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي واجيب
بان قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقي
ينفيها والعصمة لم يكن ثابتة لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما يثبت
التبعية ان لو ثبت يد المالك المعصوم لحقيقة وحكما وحقيقة مع الاحترام لانه بدون الاحترام يتعارض
جهة الاباحة الاصلية فلا يثبت بالشك قوله وما كان غصبا في يد مسلم اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع
فبعضها وقع هكذا وما كان مغصوبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقالا لا يكون فيئا قال المص
هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رح وهو ليس بصحيح
لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف رح فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول ابي
يوسف مع قول ابي حنيفة رح وهو ايضا ليس بصحيح لان المذكور في الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول
محمد رح وبعضها وقع هكذا فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يكون فيئا قال رض هكذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكروا في الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير
وشرح الجامع الصغير لهما ان المال تابع النفس لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها
ماله فيها ولابي حنيفة رح انه اى المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس
بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه لكونه في يد الغاصب
وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة
جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه وتقريره لا نسلم انها صارت معصومة باسلامها الا ترى انها
ليست بمتقومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم يكن معصومة لما كانت محرمة
التعرض كالحربي وليس كذلك اجاب بقوله لا انها محرم التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض ليست لكونها
معصومة وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق قد يحرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به

واباحة التعرض انما هي بعارض شر وقد اندفع بالاسلام فعادت الى اصلها لا باعتبار انها معصومة بخلاف المال
لانه خلق عرضة للامتهان وكان محلا للتعرض للتملك وكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع كونه في يده
حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام وهذا المانع منتف ههنا حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم يثبت العصمة
فيجعل كانه ليس في يد احد فكان فيئا قوله واذا خرج المسلمون ظاهر وقوله ومعناه اذا لم يقسم يعني الغنيمة قوله
اعتبارا بالمتلصص فاذا اذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فهو
لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله
وبعد القسمة تصدقوا به اى اذا جاؤوا بما فضل من طعام او علف اخذوه من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار
الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج اى محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم لو
فاخذ حكمه اى اخذت القيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير القيمة على تاويل ما يقوم او على تاويل المذكور يعني لو كان
فاصل الغنيمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول عنه فكذا يحل له التناول من قيمته لان
القيمة تقوم مقام الاصل

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام الغنائم لا بد من بيان
كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين ويقسم الامام فيخرج خمسه لقوله تعالى
فان لله خمسه استثنى الخمس اى اخرجه استعارة الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة الاخماس
بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا انما غنمتم من شيء اضاف
الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال فان لله خمسه وكان بيانا ضرورة ان بقية الاخماس للغزاة وقد
عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة فلان النبي عليه السلام قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين
بالاجماع فيقسم بينهم ايضا الحاقا الى مستحقيه ثم كيفية القسمة ان يعطي الفارس سهمين والراجل سهما عند ابي
حنيفة رح وقالا وهو قول الشافعي للفارس ثلثة اسهم ودليلهما في ذلك ما ذكره الكتاب والعناء بالفتح لان
كل مخصبها اذى بنفعه والمال الاجزاء والكفاية والكر الجد والفر الفرار والفر اذا كان لاجل ان يكونا لكن
اشد كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة
ولابي حنيفة رح ما روي عن ابن عباس رض وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان
الاصل ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما وههنا قد فعل على
خلافه فرجح الى قوله والمسلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله ويقول لحديثه لا يعارض قوله لكون القول
اقوى بالاتفاق وقوله فاذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره اى سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية
ابن عباس رضي الله عنهما قوله فيكون عناؤه مثل عناء الراجل لان نفس الفارس يحمل رجل الغزاة انما يحصل
ان فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قد ترجح
الفارس على فارس اخر والراجل على راجل اخر في العناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها تظهر عند القتال
لكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا يدار على سبب ظاهر اذ بني الحكم عليه وللفارس سببان نفسه والفرس
وللراجل سبب واحد وهو نفسه فكان استحقاق الفارس على ضعفه وقوله ولا يسهم الا لفرس واحد
وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم فالرجوع الى ما بعدهما وهو القياس
بقوله ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى ... منفضيا

الى زيادة الغنا بالقتال عليها فيسهم لواحد وهذا لا يسهم لثلثة افراس **وقوله** وما رواه محمول على التنفيل الى آخره

استظهار فى تقوية الدليل لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى الجواب عنه اونا ويل له والبراذين والعتاق

سواء البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرام يقال لعتاق الطير والخيل لكرامها والعراب خلاف

فرس العجم والهجين الذى يكون ابوه من الكوادن وامه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين

وانما تصدى بذكرها لتسوية بين البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وحجتنا ما ذكره فى الكتاب وهو واضح **قوله** الا من عطفا بفتح العين وكسرها فعوق الفتح

الامالة ومعنى الكسر الجانب **قال** ومن دخل دار الحرب فارسا هذا البيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام

زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا **قوله** وهكذا اى كقولنا فى رواية ابن المبارك عن ابى حنيفة رح

فى الفصل الثانى يعنى اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا وظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرس

فالحاصل ان المعتبر عندنا فى وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة اى مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب

الباب الواسع على السكة ولكل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز

الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت فى حد دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب

دخلوا فى حد دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب اى تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر

بحر دشهود الوقعة ودليل يدل على ذلك وكان المص لو اشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين ثم

بالدليل الى الاخرى لانه قوله فيعتبر حال الشخص عنده اى عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال

انقضائها **وقوله** والمجاوزة وسيلة رد لمذهبنا **قوله** كالخروج من البيت يعنى للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا

معتبر به فى اعتبار حال الغازى من كونه فارسا وراجلا فكذلك فى هذه الوسيلة **وقوله** وتعليق الاحكام جواب

عما سنذكره فى تعليلنا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كالرضخ

الرضخ للصبى اذا قاتل وكذلك المراة والعبد والذمى ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الاحكام ولئن سلمنا

عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا او فارسا بحالة هى اقرب الى القتال وهى شهود الوقعة لا بمجاوزة الدرب ولنا

ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف وبمجاوزة الدرب فارسا وشوكة يحصل لهم الخوف

فكان قتالا واذا وجد القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير احوالهم بعد ذلك لان ذلك حالة دوام القتال ولا يعتبر

بها لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له من ان ينزل فى

بعض المضايق خصوصا فى الشجر او فى الحصن او فى البحر **قوله** ولان الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما ذكره

وقوله ولو هم بحجر يعنى يحتمل ان يعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وقد كان للمولى ولاية المنع فيمنع

فى الحال لوجود التوهم **قوله** لانها عاجزة عن حقيقة القتال ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة لما صح امانها

لانه انما يصح ممن يخاف عليه القتال لقدرته على القتال واجيب بان الامان صحة لا يتوقف على القدرة على حقيقة

القتال بل يثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهى ليست بعاجزة عن شبهة القتال بالمال فجيدها كولها

السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهى عاجزة عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا

يبلغ به سهم المجاهدين والاول لانه ليس من عمل اهل القتال فليست من عمل الجهاد فكانت مثلا كسائر الاعمال فلا يبلغ

اجره بالغا ما بلغ **قال** واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم لما من احكام الاربعة الاخماس واما الخمس فيقسم

على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم اى فى الاصناف الثلثة

ومعنى هذا الكلام ان ايتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوى القربى يدخلون

فى سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون فى ابناء السبيل وسبب الاستحقاق فى هذه الاصناف الثلثة

الاحتياج غير ان سببه مختلف فى نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى

انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما فى الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعى رح لهم خمس الخمس

يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم

من بنى عبد الشمس وبنى نوفل لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير ولنا ان الخلفاء

الراشدين رضوان الله عليهم قسموا الخمس على ثلثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم ينكر عليهم احد فكان اجماعا **قوله**

ولم يقل النبى عليه السلام دليل على انه لم يصرف الى اغنيائهم شئ لانه قال يا بنى هاشم ان الله كره لكم غسالة ايدى

الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء يعنى ان المعوض

وهو الزكوة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب ان يكون عوض الزكوة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض

انما يثبت فى حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون

ثابتا صحيحا اولا فان كان الاول وجب ان يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلثة اسهم وهو مخالف لمقتضى

الحديث الثابت الصحيح وان كان الثانى لا يصح الاستدلال به اجيب بان هذا الحديث دل على شيئين احدهما اثبات

العوض فى المحل الذى فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة

الخمس على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض عمن فات

عنه المعوض فعملنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلوة على الجنازة بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى

على حمزة رضى الله عنه سبعين صلوة وهو لا يقول بالصلوة على الشهيد ولكن يقول الحديث دل على شيئين فاحدهما

باق وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما اعطاهم النبى عليه السلام وقد ثبت انه

عليه السلام اعطى بنى هاشم وبنى المطلب اجاب بقوله والنبى عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل

فقال انهم لم يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وقصته ما روى عن جبير بن مطعم انه قال

لما كان يوم خيبر وضع رسول الله عليه السلام سهم ذوى القربى فى بنى هاشم وبنى المطلب وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس

فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم وبنى لا ننكر فضلهم للموضع

الذى وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بنى المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه السلام انا وبنو

المطلب لا نفترق فى جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم واذا كان

كذلك دل على ان المراد بالنص اعنى قوله ولذى القربى قرب النصرة لا قرب القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع فى الشعب لا نصرة

القتال يشير اليه قوله لا نفترق فى جاهلية ولا اسلام وبهذا يصرف للنساء والذرارى واذا ثبت ان النبى عليه السلام

اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهى بانتهاء علته **قال** فاما ذكر

الله تعالى فى الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبى عليه السلام

يسقط بموته كما سقط الصفى بالاجماع لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته لان الحكم مرتب على المشتق فيكون المشتق منه علة

فلرسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه عليه السلام مثل درع او سيف او جارية اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر و صفية من غنائم خيبر وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه انه كان يستحقه برسالته وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا ان النبي عليه السلام اعطاهم للنصرة لا لقرابة قوله وسهم ذوي القربى وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول ذكره اولا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلثة اسهم وهذا فصل الكلام صاحب القدوري قال اي القدوري وبعده اي بعد زمن النبي عليه السلام بالفقر قال المص وهذا اي استحقاقهم بالفقر قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلثة ولا يظن بهم انه خفي عليهم النص او منعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انتساخ استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم وعند الشافعي رح الاجماع وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي رض قال كان رأي علي رض في الخمس رأي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر رضي الله عنهما والاجماع بدون اهل البيت لا ينعقد قلنا لا يحل للمجتهد ان يترك رأي نفسه برأي مجتهد آخر احتشاما له فان ثبت ما روي دل انه ترك المخالفة لانه رأى الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وقوله ولانه فيه اي في سهم ذوي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقيرا اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي عليه السلام باتفاق الروايات عن اصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله ونقض في الزكوة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى اصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الث ففيه نظر لان كون المصرف فقيرا في حيز النزاع عنده فانه يستوي بين الغني والفقير وجه الاول يعني قول الكرخي وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة كما تقدم في اول البحث وكذ هذا الزيادة الايضاح وقوله قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله عليه السلام يصرف اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله عليه السلام وهو اختيار القدوري كما اشار اليه قوله وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة وقوله واذا دخل الواحد او الاثنان ظاهر قوله والمشهور انه لا يخمس ظاهر وجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار كما لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء مطلق فيجب الخمس وجد الاذن او لم يوجد اجيب بان الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهرا وغلبة وما اخذ اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله وان دخل جماعة لها منعة المنعة السرية نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن شجاع كان ابو حنيفة رح يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض الكفر لا يخمس فيما اخذ حتى يصيروا تسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية وقوله اذ لو لم ينصرهم كان فيه وهن المسلمين اي ضعفهم

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم فصل عما قبله بفصل يقال نفل الامام الغازي اذا اعطاه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله كذا قوله لا باس بان ينفل الامام في حال القتال كلمة لا باس مستعملة فيما يكون تركه اولى ليس يجري على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب بقوله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه تعالى شرع دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب قوله من قتل

قتيلا تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب وقد يكون بغيره يعني الذهب والفضة لان النبي عليه السلام نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز قوله لانه لا حق للغانمين في الخمس فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلثة وذلك لا يجوز واجيب بان جوازه باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلثة فلم يكن ثمة ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس الى احد الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق للاغنياء فيه فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله وقال الشافعي رح ظاهر قوله وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فيحمل عليه وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل منه ذلك الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب فيحمل الثاني يعني على التنفيل لما روينا من حديث حبيب بن ابي سلمة دفعا للتعارض قوله وزيادة القتال جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر عناء وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة او من قوله لان الكر والفر من جنس واحد من فصل كيفية القسمة قوله لما مر من قبل اشارة الى ما ذكره في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم يثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله لان التنفيل يثبت به الملك عنده دليل ان المدد لا يشاركونهم فيها كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وهو ليس بمتفق عليه لان من اصحابنا من يقول قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا ولانه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته قوله ووجوب الضمان مرفوع على الابتداء وقوله وقد قيل هذا الاختلاف خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك اي الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وبيان ذلك ان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف للسلب بعد الاخذ يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورود الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يجعل ذلك على مذهبهما ايضا بعد الاستيلاء فقال في دفع ذلك انه ايضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر حكمه لاشتماله على احكام مختلفة وكان خليقا بتبويب بابه وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة ان يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي اي الجيل المنسوب الى الروم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله حل لنا ما نجده من ذلك اي مما اخذه الترك من اهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك كسائر اموالهم قوله لان الاستيلاء محظور ابتداء اي بدار الاسلام وانتهاء اي بدار الحرب بعد الاحراز وقوله على ما عرف من قاعدة الخصم لان المحظور بوجه لا ينتهض سببا للملك كما في البيع الفاسد وانما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق ولنا ان الاستيلاء ورد على المباح وورود الاستيلاء على المباح ينعقد سببا للملك دفعا

لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم قوله وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة
في المال لكل من ثبت له من المسلم والكافر انما تثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في
الارض جميعا يقتضي ان لا يكون مال معصوما لشخص وانما ثبتت العصمة لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت
المكنة بالاستيلاء عاد مباحا كما كان فيرد ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه لا اثر لان الاستيلاء عبارة
عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والكفار ما داموا في دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون عليه مآلا بالاحراز
لانهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنص محتمل قوله والمحظور لغيره جواب عن قولهم لان
الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا انه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا
لكرامة تفوق الملك كالصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق اهل النعم وهو الثواب في الآخرة فلأن يصلح
سببا للملك اولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبتت ولاية الاسترداد للمالك القديم من
الغازي الذي وقع في سهمه او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضا الغازي والمشتري اجيب بان بقاء
حق الاسترداد بحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم الا يرى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة
الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال الملك اذا اقتضى الحال وكذا الشفيع باخذ الدار من المشتري بحق الشفعة
بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له قوله وان ظهر عليها المسلمون واضح قوله لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال
الا بالقيمة قيل عليه بان الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة
لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في ايدي الباقين واجيب بان الملك ههنا ايضا ثبت بالعوض
معنى لما ان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة قوله ولو كان
مغنوما يعني لو كان ما اخذ من الكفار من مال المسلمين مغنوما اي ماخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة
والحنطة والشعير ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا
ياخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا يعني اذا كان ما اخذه الكفار
من المسلمين مثليا فاشتراه منهم مسلم قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه لانه غير مفيد
وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس آخر او بجنسه ولكن اردى وصفا
فان له ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه
لا انه يشتريه ابتداء قال فان اسروا عبدا اذا اخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب فاشتراه
رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو
اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش
حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى احق به كالرقبة ومع هذا لو اخذه فانما ياخذ
بمثله لان الارش دراهم ودنانير وهو لا يفيد قوله لان الملك فيه صحيح احتراز عن المشترى شراء فاسدا فان
الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن واستشكل هذا التعليل
ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شيء من الثمن اذا لم يصر بالتناول مقصودا الا ترى انه لو اشترى عبدا ففقئت
عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف
ما اعورت واجاب بعضهم بانه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين بالف ثم باع احدهما بتلك

الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا
لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شيء من الثمن فيها حتى لو استهلك من المشتري من الدار شيئا
يسقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة المشترى شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما
واجب الرد والاوصاف تضمن في المشترى شراء فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى عينيها ضمن
نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا ايضا بمنزلة المشترى شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد
اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض
البائع الدار على الجار اولا ثم البيع ان نقض الجار عنه فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها فصار كمكروه الفساد في
العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك فان قيل في مسئلة الشفعة ايضا اذا كان
هلاك بعض المشترى بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شيء من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر واجيب بانها مخالفة
في صورة العهد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الانجاب في
الشفعة فانه يحط حصته من الثمن قوله وان اسروا عبدا صورته ظاهرة واعترض على قوله فللمشتري الاول ان ياخذه
من الثاني بالثمن بانا لو اثبتنا حق الاخذ للذي اشتراه من العدو اولا تضرر المالك لانه ح ياخذ بالثمنين واجيب
بان رعاية حق من اشتراه من العدو اولا اولى لان حقه يعود في الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم
يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه اولى قوله وكذا اذا كان سواء اي من جهة الحر قوله بخلاف
رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم قوله ولا يملك علينا من جهة ولا اي من مدبرينا وامهات
اولادنا ومكاتبينا واحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة ايضا
حتى لو كان اخذهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شيء قال
واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم اذا ابق عبد لمسلم قالوا قيد بمسلم اتفاقي لان عبد الذمي كذلك فدخل اليهم فاخذوه
لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك وهو ظاهر قوله لان سقوط اعتبار يد العبد
لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه لانه حين دخل دار الحرب فقد
زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك
لا محالة فصيرت يده على نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع التملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل لا نم
انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم اجيب بان يد الدار يد حكمية
لا يكون في يد احد وعند ذلك يظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع
بيد الدار اليه اشار بقوله في الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد
كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وحين دخل العبد الى دار الحرب حصل له ذلك قبل استيلاء
الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك اجيب بمنع الملازمة لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم
زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز ان يوجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى
قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره قوله بخلاف المتردد يعني في دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام
يد اهل الدار فتمنع ظهور يده ومع هذا الوجه لا يرد الضعيف كان قاصدا لبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى عليه
المشركون ملكوه واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذه المالك القديم بغير شيء اذا كان موهوبا او مشترى

اما اذا كان موهوبا فظاهر لانه اخرج بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشترى فلان المشترى فدى ملكه بغير امره وكان
متبرعا فيما حتى لو امره بذلك رجع عليه المشترى بالثمن وان كان معتوقا فكذلك اذا كان قبل القسمة واما اذا كان بعدها فيعوض
عوضه من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله ان يرجع على شركائه فى الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم
فيعوض من بيت المال لان هذا من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك قوله وليس له اى للغازى او التاجر جعل
الآبق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذ الآخذ على قصد الرد الى مالكه قوله وان ند اليهم
ظاهر وكذلك قوله وان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع واعترض بان على قول ابى حنيفة ينبغى ان ياخذ المالك
المتاع ايضا بغير شئ لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عنه لانه فى دار الحرب وقد
العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت
ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال قوله واذا دخل الحربى دارنا بامان واشترى
عبدا مسلما او ذميا او اسلم احد ممن كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمى اذا اسلم عبده فانه يجبر الذمى على
احكام الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذى اسلم والحربى ليس كذلك واجيب بان الامان ينافى ابقاءه
فى ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان بالامان ملتزما ترك استذلال المسلمين فيلزمه
وجههما ظاهر ووجه ابى حنيفة هو ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب معنا ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب
على الامام فان كان فى دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن معصوم ما دام فى دار
الاسلام بمقتضى الامان فاذا دخل فى دار الحرب زالت العصمة عن ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق
لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقام شرط زوال العصمة عن المال وهو تباين الدارين مقام علته وهى الاعتاق
لان الشرط قد يقام مقام العلة اذا لم يكن اضافة الحكم اليها كحفر البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط هنا
مقام العلة تستلزم جعل المثبت للشئ مزيلا له وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم
ملكوه فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة هى
ان البقاء اسهل من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب ان تباين الدارين مثبت
للملك ان لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا فى محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل
الكافر على انا ما جعلناه مزيلا وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشئ الواحد مثبتا ومزيلا
الممتنع وبقاء الشئ اسهل من الابتداء اذا لم يعترض البقاء ما يزيل بسهولة وههنا بقاء الحكم فى ذل الكافر صعب
يزيل بسهولة قوله كما يقام مضى ثلث حيض فيشمل المسئلة فى قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلث حيض شرط البينونة
فى الطلاق الرجعى اقيم مقام علة البينونة وهى عرض القاضى الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضى عن حقيقة العلة
فيما اذا اسلم احد الزوجين بدار الحرب قوله واذا اسلم عبد لحربى ظاهر قوله لما روى ان عبيدا من عبيد الطائف
اسلموا روى ان النبى عليه السلام لما حاصر الطائف قال ايما عبد خرج الينا فهو حر فخرج ستة اعبد او سبعة منها فالتحقوا
جاؤا اليه ونكلوا ابيهم فقال النبى عليه السلام هم عتقاء الله قوله ولانه احرز نفسه متصل بقوله ثم خرج الينا قوله او بالاتصال
متصل بقوله او ظهر على الدار وقيد بقوله مراغما اى مغاضبا ومنابذا لانه اذا خرج طالبا للامان لا يعتق ويباع وثمنه للحربى لانه
لم يخرج على سبيل التغلب فصار كالحربى الذى دخل به مستامنا الى دارنا باب
المستامن لما فرغ من بيان الاستيلاء الذى هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع فى بيان الاستيمان

لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قوة وغلبة وقدم استيمان المسلم تعظيما له وكلامه واضح قوله والغدر حرام
دليله قوله عليه السلام لصاحب السرايا ولا تغدروا قوله بخلاف الاسير يعنى ان الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء
اذا تمكنوا من قتل قوم من اهل الحرب فيه واخذ اموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من
اخذ شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض وان اطلقوهم طوعا لانه ليس بمستامن صريحا حتى يصير غادرا باخذ اموالهم
قوله ملكه ملكا محظورا اى خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشترى ان يطأها لانه قائم مقام البائع ووطؤها للبائع
كان مكروها فكذا للمشترى قوله وهذا اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعنى ان مال اهل الحرب مباح فى نفسه والحظر
لمعنى فى غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على ما بيناه يعنى به اوائل باب استيلاء الكفار
بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الى آخره واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فعاداه حربى
اى بايعه بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين قوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا
اى لا على المسلم ولا على الحربى ولا وقت القضاء على المستامن وهو ظاهر واذا لم يقض على الحربى لم يقض على المسلم ايضا
تحقيقا للتسوية بينهما قوله واما الغصب فلانه صار ملكا للغاصب الذى غصبه اى سواء كان الغاصب كافرا فى
دار الحرب او مستامنا فيها لان مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب فى حقه فملكه بالاخذ الا ان الغاصب
ان كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم وفى اخذ
اموالهم على هذا الوجه غدر قوله على ما بيناه يعنى فيما تقدم اما غصب الكافر فقد ذكره فى مسئلة الاستيلاء بقوله لان
الاستيلاء ورد على مال مباح واما غصب المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل الواحد والاثنان مغيرين بغير اذن الامام
فاخذوا شيئا فانهم يملكونه قوله لما قلنا اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الى آخره قوله ولو خرجا
مسلمين ظاهر قوله فغصب حربيا اى غصب شيئا من حربى وليس هذا مختصا فى خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب
والحربى مستامنا فالحكم كذلك قوله فعلى القاتل الدية فى ماله يعنى فى العمد والخطأ هكذا ذكر من غير خلاف فى عامة المشايخ (?)
وذكر الامام قاضى خان ان هذا الحكم قول ابى حنيفة ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليه القصاص فى العمد
لانه قتل شخصا معصوما ليس من اهل دار الحرب فيجب عليه ما يجب به فى دار الاسلام ولابى حنيفة ان ...
من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة فتمكنت من وجه فيورث الشبهة فيسقط القصاص قوله اما الكفارة
فلاطلاق الكتاب يعنى قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز فى دار الاسلام لا تبطل
بعارض الدخول بالامان لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه فى دار الاسلام تقديرا حتى ان المستامن منهم لما
كان على قصد الرجوع كان كانه فى دار الحرب حتى لا يقتل الذمى به وكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما ذكر
فى الكتاب وهو واضح قوله لما بينا اشارة الى ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا يبطل بعارض الدخول بالامان
قوله لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا يعقل العمد قوله ولابى حنيفة ان بالاسر صاروا تبعا لهم يعنى وتبطل
اصولهم لانهم غير معصومين فكذلك الاتباع قوله وهذا توضيح للتبعية قوله فيبطل به الاحراز اصلا اى يبطل
بالاسر العصمة المقومة بالكلية وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا بجامع تبعية اهل الدار بالتوطن فلم يجب الدية لانها
مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهى بالاسلام فصل
هذه المسائل بما قبلها لاختلاف احكامهما وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الطليعة على الامرد الجامع (?)
والميرة الطعام وتيارة الانسان من ... والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع قوله بعد تقدم الامان

يقال عهد الى الامير بكذا اى تقدم اليه **وقوله** والامام ان يوقت فى ذلك ما دون السنة يعنى ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل من ذلك على حسب اراءة جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام بعد ذلك فى دارنا صار ذمياً قاله الامام قاضى خان فاذا مضت سنة بعد مضى المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعدما صار ذميا الا ان يكون شرط عليه انه اذا جاوز السنة يأخذ منه الخراج فحينئذ يأخذ منه لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما بالجزية **قوله** فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى كذلك فى النهاية وكذلك لو لزمه عشرية قياس قول محمد بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس اذ كل واحد منهما من احكام دارنا فالرضى بوجوب الخراج عليه رضى ان يكون من اهل دارنا فيعتبر المدة من وقت وجوبه اى وجوب الخراج **وقوله** فى الكتاب اى فى الجامع الصغير فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح من محمد بشرط الوضع اى بان وضع الخراج عليه شرط فى جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها منه مع التمكن ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من يقول يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج عليه حكما من احكام الاسلام كذا ذكره قاضى خان وليس بصحيح لما اشار اليه المص من قوله لانه قد يشتريها للتجارة **قوله** فيتخرج عليه اى على ان الوضع شرط احكام جمة فلا يغفل عنه اى عن شرط الوضع وهى المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان فى اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع **وقوله** واذا دخلت حربية بامان وكذلك عكسه وكذلك قوله وان كان حربيا دخل دارنا بامان مثلا ان قوله لان يد المودع كيده منقوض بما اذا اسلم الحربى فى دار الاسلام وله وديعة عند مسلم فى دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيئا فلم يكن يد المودع كيد المودع واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا انعقدنا عصمة وقتا لايداع وفى صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة **قال** وما اوجف المسلمون عليه يقال وجف الفرس والبعير وجفا ووجيفا واوجفه صاحبه ايجافا **وقوله** وما اوجف المسلمون عليه اى اعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اى اخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى والجزية بالجر عطف على قوله الاراضى اى وهو مثل الاراضى التى اجلوا اهلها ومثل الجزية **وقوله** وقالا تخمس فيهما اى فى الاراضى التى اجلوا منها اهلها وفى الجزية وفى بعض النسخ فيهما اى فى الاراضى والجزية والخراج **قوله** ولانه اى ولان ما اوجف المسلمون عليه من المال **وقوله** من هيبة القتال يعنى بل بوقوع الرعب فى قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه اى الغنيمة بتاويل المغنوم مملوك بسببين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس يعنى وهو الرعب واستحق الغانمون الباقى يعنى وهو مباشرة الغانمين القتال وفى هذا اى فيما اوجف المسلمون عليه السبب واحد وهو ما ذكرناه يعنى قوله انه مال اخذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس **وقوله** لما قلنا من قبل اى فى باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وقد حقق لانها كانت حربية الحاصر وانما اى لا ورد القصاص ظاهر **قوله** وما كان من مرتد او ذمى او مستأمن او ذميا انما قيد بالابداع لانه اذا كان غصبا فى ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة **وقوله** لما قلنا اشارة الى قوله حربى كيد وليس بابتداع واذا اسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شىء الا الكفارة فى الخطأ وقالا الشافعى يجب الدية فى الخطأ والقصاص فى العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام

لكونه مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بما له اثر فى استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به يحصل السعادة الابدية لا بالدار التى هى جماد لا اثر لها فى استحقاق الكرامة ومن اراق دما معصوما ان كان خطأ ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك فى دار الاسلام وهذا اى وجوب الدية فى الخطأ والقصاص فى العمد انما كان مبنيا على وجود العاصم الذى هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه يأثم بقتل ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال وهى ثابتة فيما نحن فيه اجماعا فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما فى اى موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اى فى اصل العصمة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل واتم فى المنع من الذى وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة المقومة وصفا زائدا على العصمة التى هى المؤثمة فيتعلق بما يتعلق به الاصل وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فيجب الدية والكفارة فى قتل الحربى الذى اسلم ثمة اى فى دار الحرب ولم يهاجر الينا ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فكان ابو حنيفة يؤول هذه الاية بالذين اسلموا فى دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالاية ان الله ميز بين المؤمن وبين المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا فى حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم فى الاول الدية والكفارة بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهلها وفى الثانى الكفارة دون الدية وذلك من وجهين احدهما انه ذكر بحرف الفاء فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا واذا كان كافيا كان كل الموجب منه دية والثانى ان كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضى انتفاء غيره لان قصد الشارع فى شرعه اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره فى موضع البيان **قوله** ولان العصمة المؤثمة بالادمية دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية فى دار الحرب ومشتمل على بيان ان العصمة المقومة ليست بوصف كمال فى العصمة المؤثمة حتى يكون تابعا لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمى خلق متحملا اعباء التكاليف اى اثقالها ومن خلق لشىء وجب عليه القيام به فالادمى وجب عليه القيام باعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض اى انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالادمى وجب ان يكون حرام التعرض مطلقا لان الله تعالى ابطل ذلك فى الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل والاموال تابعة لها اى للادمية التى تثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت فى الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الادمى من الانتفاع بها فى حاجته فكانت تابعة للادمية اما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت صورة ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به صورة ولا معنى على ما عرف فى الاصول فكانت النفوس تابعة للاموال فى العصمة ومن هذا علم ان العصمة المؤثمة اصل مستقل بنفسه فى شىء والعصمة المقومة اصل مستقل بنفسه فى شىء اخر وليس احدهما بكمال فى الاخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لان العز والمنعة بالمنعة فالعصمة المقومة فى الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا القوم منكرها واذا كانت العصمة فى الاموال بالمنعة فكذلك فى النفوس لانها تابعة لها كما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما انه اوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز لم يوجد العصمة المقومة واذا لم يوجد العصمة المقومة لا يجب الدية وهذا فى غاية التحقيق خلافا لما توهم ان لا يملكوا اموالنا بالاحراز الى دارهم كما قال به الشافعى ودفعه بان معنى قولنا ان الشرع اسقط اعتبار منعتهم حال كونهم فى دارهم وانما اذا وقع حذرهم الى دارنا واحرزوا اموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على المباح كاملة وذلك يوجب

الملك لا محالة قوله والمرتد والمستأمن جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب ان يتقوما ولم يتقوما حتى
لا يجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من اهل دارهم حكما لقصده الانتقال الظاهر واما المرتد فكذلك لانه بقصده لم يزل من
القتل قوله ومن قتل مسلما خطأ الى آخره واضح واعترض على قوله وهو العامة او السلطان بان التردد فيمن له ولاية
القصاص يوجب سقوطه كما في المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث واجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان
الولي واحد بخلاف مسئلة المكاتب

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير
به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل منهما هو الارض النامية وقدمه
على الخراج لكونه من الوظايف الاسلامية والعشر بضم العين احد اجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض والعبد
ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء
لتميم والنجر بفتحتين بمعنى النحر لانه وقع في امالي ابي يوسف النحر موضع النجر ونظيره من الثاني من ندى بسكون الجيم
وفتحه بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي بذلك المكان
فيكون بهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج اسماء مواضع الى مشارف الشام اي قراها
عرضها والسواد اي اراضي سواد العراق اي قراها سمي بالسواد لخضرة اشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى
عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي من منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طولها
وقيل انه موضع الثعلبية الثعلب بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي
دجلة وكلامه واضح قوله لما قدمناه من قبل يعني في اول باب الغنائم قوله والخراج اليق به يعني من جنس الذي فيه
معنى العقوبة وان فيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع والكافر اليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في ارض مكة
ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قهرا وقسرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق
على العرب فكذلك لا خراج في ارضهم قوله وفي الجامع الصغير الى قوله وهي ارض خراج يعني سواء قسمت بين الغانمين
او اقر اهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه الفائدة قوله ومن احيى ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف
معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج
وان كانت من حيز ارض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب ان يقيد قوله المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج
بانه اذا لم يكن منه صنع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج اذ الخراج يجب جزاء للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما
يسقى بما حمته المقاتلة والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا اشار
شمس الائمة قوله والبصرة عندنا عشرية جواب اشكال يرد على ابي يوسف فيما ذكر ان الاحياء في حيز الارض
الخراجية يجعل الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان احياها مسلم يجب عليه العشر ووجهه ان القياس
ذلك لكن ترك باجماع الصحابة رضي الله عنهم قوله لان حيز الشيء يعطى له حكمه دليل ابي يوسف على ما وجهه قوله كفناء
الدار يعني فناء الدار له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذلك ههنا
يعطى هذه الارض المحياة حكم جارها لاتصالها به ولا يظن في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية
تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك وهو الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من
العجم قوله لما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها قال وفي جريب
الذي وضعه عمر رضي الله عنه اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع

بالارض في كل جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك الكسروي وهو يزيد على ذراع العامة
بقبضة قفيز هاشمي وهو الصاع من حنطة او شعير على ما قال الامام قاضي خان في فتاواه او مما يزرع فيها على ما ذكره شيخ
الطحاوي ودرهم قوله والكرم اخوتها يعني واكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة لاحتياجها
الى الزراعة والقاء البذر في كل عام والرطاب بينهما لانها تبقى اعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق
مؤنة الكرم ودون مؤنة الزرع وخراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك
لانه ليس فيه توظيف عن عمر فيعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف قوله
والبستان كل ارض يحوطها حائط ظاهر وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليه بالاتفاق لانه
فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة اي استأصله من غرق
او برد شديد او نحو ذلك فلا خراج ايضا لانه فات النماء التقديري الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول وكونه
ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة سقط
الزكوة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج يعني ان النماء التقديري كان
قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فان قيل ان استأجر
ارضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يسقط الاجر فما الفرق بينه وبين الخراج اجيب بان الاجر يجب الى مقابلة
الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا اصلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شيء جاز
والاجر لم يوضع على مقدار الخارج لجواز ايجابه وان لم يخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالآفة
محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخراج قال وان عطلها
صاحبها فعليه الخراج اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا
اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته
واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها
واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ الخراج
من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر خاص لكنه لحاق ضرر بواحد للعامة قوله قالوا يعني المشايخ
من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كان الارض صالحة للزراعة الاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير
وجب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس فقد
بانه كيف يجوز كتمانه وانهم لو اخذوا كان في موضعه لكونه واجبا واجيب بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم
في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان قوله ومن اسلم
من اهل الخراج ظاهر قوله من غير كراهة احتراز عما يقول المتقشفة انه مكروه لان النبي عليه السلام رأى شيئا من آلات
الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا
اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة ولان الصغار انما
قد يكون في الوضع ابتداء واما بقاء فلا بدلالة خراج الرؤوس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا ينبغي
وجبا في محلين بسببين مختلفين يعني في محلين مختلفين اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر
في الخارج واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا فانه اعلم

المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله عليه السلام
لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم عن علقمة عن عبد الله عن النبي عليه السلام وقوله والوصفان لا يجتمعان
لان الطوع صفة الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان قوله وهذا مضافان الى الارض يقال عشر الارض
وخراج الارض قوله وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما اى العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة
لم يكن عليه زكوة التجارة عندنا وعند محمد يجب عليه زكوة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي وجه قوله
توهم اختلاف المحلين ان محل العشر الخارج ومحل الزكوة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب
احدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك
الزكوة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله كالا يجب زكوتان
السائمة وزكوة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين
لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهي اسبق ثبوتا من زكوة التجارة التي كان وجوبها بنيته فلهذا بقيت عشرية
وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب
للعبد والعشر لله فلا تنافي بينهما فيجتمعان وان كان بسبب ملك واحد والبافي ظاهر والله اعلم باب
الجزية لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر
يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحى
واللحية وانما سميت بها لانها تجزى عن الذمى اى تقضى وتكفى عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى
قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم
الكباير فكيف يجوز اخذ البدل على تقديره اجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هو عوض
عن القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق
قوله وهي على ضربين ظاهر ونجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا يسمى حلة حتى يكون
ثوبين قوله ولان الموجب هو التراضي اى الموجب لتقديرها وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب
لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد ان غلبوا قوله فيضع على الغنى الظاهر الغنى
قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم
فصاعدا الى عشرة الآف درهم وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا
الى لا نهاية له وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون درهما ثم قال وانما شرطنا المعتمل لان الجزية عقوبة فانما
يجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الفقير منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار قال والمعتمل هو الذي
يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة
في الغنى الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان ببغداد او البصرة لا يعد من المكثرين
وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين ويعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام
وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة او عدله معافرى اى ومن مثل دينار وهو دانق من
الجنس يقال ثوب معافرى منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوايد الظهيرية معافر
حى من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشئ بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله

من جنسه ولانه وجب نصرة للمقاتلة وكل ما يوجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتا كما في خراج الارض قوله وهذا
اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة
للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى
يا ايها الذين آمنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم
وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج الماخوذ منه
المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الغني ينصر دارنا راجلا ومتوسطا كا
ينصر راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه
فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف يكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب بان الخلفية عن النصرة
في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم بمنزلة ما لو
اعانوا دوابهم للمسلمين وما رواه محمول على انه كان صلحا والدليل على ذلك انه كان امر بالاخذ من الحالمة والجزية
لا يجب على النساء قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب وتوضع الجزية على اهل الكتاب سواء كان من العرب
او العجم لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وعلى المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع
الجزية على المجوس روى البخاري ان عمر رضي الله عنه لم يكن ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ان رسول
الله عليه السلام اخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين وعبدة الاوثان من العجم وهو بالجر عطفا على اهل الكتاب
وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكره الكتاب وفيه خلاف الشافعي
وكلامه ظاهر ولنا انه يجوز استرقاقهم وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم لان كل واحد منهما يشتمل
على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة واما الجزية فلان الكافر يؤديها
من كسبه والحال ان نفقته في كسبه وكان اداء كسبه الذي هو سبب حيوته الى المسلمين داره دائبة في معنى اخذ النفس
منه حكما فنوقض بان من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل واجيب
بان ذلك لمعنى آخر وهو ان الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله وهذا ليس بواقع بل هو منقوض
بالنقض والصواب ان قبول المحل شرط تاثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقه يجوز ضرب الجزية
عليه اذا كان المحل قابلا والمرأة والصبي ليس كذلك لان الجزية انما يكون من الكسب وهما عاجزان عنه قوله وان
ظهر عليهم اى على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اى قبل وضع الجزية عليهم فهم ونساؤهم
وصبيانهم فيء اى غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما
قد تغلظ على ما ذكره في الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة في العقوبة عليه ولقائل
ان يقول هذا منقوض باهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبي عليه السلام معرفة تامة ومع ذلك جحدوه وغيروا
ذلك الكتاب وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب
لجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله عليه السلام يوم اوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من
غير فصل بين عبدة الاوثان واهل الكتاب والجواب عن الاول ان القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية
الا انه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية وعن الثاني بان مراده عليه السلام مشركو العرب
واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعرب في الاصل وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان منهم

ابيون وقوله وجوابه ما قلنا يريد به قوله لان كفرهما قد تغلظ فاذا اظهر عليهم اى على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين
فنساؤهم وصبيانهم فئ لان ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام دون ذرارى عبدة الاوثان ونسائهم
لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام فى حقه وذرارى المرتدين قد ثبت فى حقهم تبعا لاباءهم فيجبرون
عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرون عليه بخلاف ذرارى العبدة ونسائهم وحنيفة ابو حى من العرب وقيل
المراد بنى حنيفة رهط مسيلمة الكذاب قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف
زيادة فى العقوبة وقوله لانها وجبت بدلا عن القتل يعنى فى حق الماخوذ منه او عن القتال اى عن النصرة فى حقنا
كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل او القتال لا يتحقق فى حق المراة والصبى
لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا يعنى قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان قوله لاطلاق حديث معاذ رضى الله عنه
وقوله عليه السلام خذ من كل حالم وحالمة وقوله وعلى اعتبار الثانى لا يجب يعنى ان الجزية بدل عن الامرين كما تقرر فعلى
اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق فى حق المماليك لان المملوك الحربى يقتل فيتحقق البدل ايضا
وعلى اعتبار الثانى لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله قوله لانهم تحملوا الزيادة من جهتهم
اى صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء او وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير
المعتمل فلو قلنا بوجوبها على المولى بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شئ واحد وذلك لا يجوز وقوله
ولا توضع على الرهبان واضح قال ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه اى اسلم من عليه الجزية او مات كافرا
او عمى او صار زمنا او مقعدا او شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شئ وبقى عليه الجزية سقطت عنه
عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة او بعدها خلافا للشافعى له انها وجبت بدلا عن العصمة
او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض وكل ما وجب بدلا عن شئ وقد وصل اليه المعوض لا يسقط عنه العوض بهذا
العارض اى بالاسلام او الموت كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد فان الذمى اذا استوفى منافع الدار المستاجرة
ثم اسلم او مات لا يسقط عنه البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما قال فى قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف
العلماء فى ان الجزية وجبت بدلا عماذا فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعى
وقال لان الله تعالى امر بالقتال ومده الى غاية وهى اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى فى دار الاسلام
لانهم مع الاصرار على الشرك لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما يؤدون
من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التى فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعيد ههنا
وذلك لانهم لما صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة وهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها ولا
يصلح ابدانهم لهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار المعادية لاتحادهم فى الاعتقاد فاوجب عليهم
الشرع الجزية لتوخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فيكون خلفا عن النصرة قال شمس الائمة السرخسى وهذا صحيح الا
ترى ان الجزية لا توخذ من الاعمى والشيخ الفانى والمعتوه والمقعد مع انهم يشاركون فى السكنى لانه لا يلزمهم اصل
النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يوخذ منهم ما هو خلف عنه ولنا قوله عليه السلام ليس على المسلم جزية رواه
ابن عباس رضى الله عنهما وهو مطلق يجرى على اطلاقه بل لا تضاف ان المراد به بعد الاسلام لان كل احد يعلم ان
المسلم لا يكون عليه جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط بالاسلام اذ لو لم يصدق ان على هذا المسلم جزية
قوله ولانها وجبت عقوبة الى الكفر واعترض بان الخصم يسلم الجزية فيما تقدم بالاستحقاق بالمعنى الجامع بينهما

فقال ولنا

فقال ولنا انها تجوز باستعانتهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا فى البقاء
حيث بقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا يبقى الجزية بعده مع ان كلا منهما فى الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب
ان اداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما يشرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف فى الاصول والاسلام ينافى
الصغار فيسقط الجزية بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك قوله والعصمة تثبت بكونه آدميا جواب عن قوله انها
وجبت بدلا عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة للآدمى من حيث انه آدمى لما انه خلق متحملا اعباء التكاليف فلا
يصلح ان يكون الجزية الطارئة بدلا عنها وللقائل ان يقول سلمنا انها ثابتة بالآدمية ولكنها سقطت بالكفر والجزية
على ما كانت فكانت بدلا والجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان يكون عن عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل
الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثانى لان الاسلام يغنى عنها قوله والذمى يسكن ملك نفسه جواب عن قوله او السكنى ومعناه
ان الذمى يملك موضع السكنى بالشراء او غيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه فى موضع مملوك له ولو كانت
الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التاقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت
فى السكنى دل على ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما انه لا يجوز ان يكون بدلا عن العصمة والسكنى لا
يجوز ان يكون بدلا عن النصرة ايضا الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا يسقط عنهم جزية
تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب بانها لم تسقط لانه ح يلزم تغيير الشرع
وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة فى حق الذمى المال دون النفس قال فان اجتمعت عليه
الحولان انث فعل الحولين انما باعتبار حذف المضاف اى اجتمعت جزية الحولين وانما تاول بالسنتين وانى
بعبارة الجامع الصغير لتفصيل فى اللفظ ولا ابهام فى قوله وجاءت سنة اخرى على ما بينه وكلامه واضح قوله وقيل
لا تداخل فيه بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج فى حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى
معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة
ابتداء وبقاء ولهذا لم يشرع فى حق المسلم اصلا والعقوبات يتداخل قوله طعنا فى الخلافية اى فيما اذا اجتمع الحولان
ان الخراج وجب عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن استيفاؤه يستوفى كما فى سائر الاعواض
وقد امكن لان العوض الذى واستيفاء المال من ذى ممكن اذ لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم قوله ولابى حنيفة
ظاهر قوله على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر وللقائل ان يقول قد تكرر فى كلامه
انها وجبت بدلا اما عن النصرة او السكنى او العصمة وذكر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة
غير معنى البدلية عن شئ فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك ان كونه
عقوبة لازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت
عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب اخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر قوله
وقوله ولانها وجبت بدلا عن القتل استدلال من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر
من قبل وقوله حمله بعض الشارحين على المضى مجازا قال الامام فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا فى قوله
جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانها عندنا آخر الحول يجب وهذا ضرب من المجاز
لان مجئ كل شئ بمجئ اوله واقول فى تجوز المجاز ان المجئ الشئ يستلزم مضى الآخر لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم
مجاز فقال بعضهم معناه دخول وقطا لان الجزية تجب باول الحول والتاخير الى آخره للتخفيف والتأجيل عند ابى حنيفة رحمه الله

وعلى هذا يتحقق التداخل عند معنى تمهيدا لارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله على ما قررنا اشارة الى قوله لان الفعل
انما يستوفى الجواب قائم في الحال لا الجواب عن الآخر ويحتاج الى الجواب عن الزكوة وهو ان الزكوة وجبت في آخر الحول
لانها تجب في المال النامي وحولان الحول هو المكن من الاستنماء لا قيما لدليل الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من ابتداء الحول
ليتحقق شرط وجوب الاداء

فصل

لما فرغ من بيان ما يجب على اهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام
شرع في بيان ما يجب ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم
لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه اى نزع خصيته والخصاء
في معناه خطاء ذكره في المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام
ازالة الفحولية اهل داره معنى كما ان الخصاء ازالة فحولية الحيوان ان كان الخصاء على الحقيقة وان كان المراد
التبتل والامتناع من النساء بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه السلام ولا كنيسة احداثها
فهو نفي بمعنى النهي اى لا تحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة
كانا مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وقوله والصومعة مثل
فيهما بمنزلة البيعة اى لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلوة اى
صلوة الذمي في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى قوله والمروي عن صاحب المذهب اى عن ابي حنيفة
والمراد بالمروي هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الامصار دون القرى وقوله في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض
العرب جزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها قوله ويؤخذ اهل الذمة بالتميز الخ
ذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كانه قال وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير
الى آخره والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة
من الابريسم وقوله صيانة لضعفة المسلمين اى الضعفة في الدين لا البدن اى يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في اعين
المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس
والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم ياخذ النبي عليه السلام يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون
بدعة اجيب بانهم في زمن رسول الله عليه السلام كانوا اسراء وفي المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى
ذلك ثم في زمن عمر رضي لما كثر الناس من يعرف ومن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
وكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم اينما دار عمر فالحق معه قوله فانه جاء في حق اهل الاسلام اى ان ذلك حسن العشرة
باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتمييزهم بما يوجب الاذى لهم من اتخاذ الزنانير من الابريسم اهانة لاهل الاسلام
لان من اعز عدو صديقه فقد اهان صديقه معنى وقوله ان لا يركبوا الا للضرورة يعنى كالخروج الى الرستاق او
المريض الى الموضع يحتاج اليه قوله بالصفة التي تقدمت يعني بهيئة الاكف قوله لانه ينقض ايمانه يعني لو كان مسلما
وسب النبي عليه السلام والعياذ بالله نقض ايمانه فكذا ينقض امانه وذمته وقوله وكذا حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي
اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر
على الدار وكان ماله فيئا وقوله الا انه لو اسر استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق
بل يقتل ان اصر على ارتداده

فصل

ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لان لهم
احكاما مخصوصة بهم تخالف احكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ما ذكره ابو يوسف في كتاب

الخراج

الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي يا امير المؤمنين ان بني تغلب من قد علمت
شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رايت ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم
عمر رضي على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى ان يسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني
من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى يبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين شاة سائمة ففيه شاتان الى عشرين ومائة
فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب يؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم
في ذلك شيء فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك اراضيهم التي
كانت في ايديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين قوله والمراة من اهل وجوب ما هو مثله اى مثل مال
وجب بالصلح قوله الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها اى فيما اخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار
كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب على ما مر قوله ويوضع على مولى التغلبي
الخراج اى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي اى لا يؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي ويؤخذ من معتقه
فكذلك ههنا يؤخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم يؤخذ من التغلبي وقوله ولنا ان هذا اى اخذ مضاعف الزكوة
تخفيف يعنى لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اى في التخفيف ولهذا
اى ولكون المولى لا يلحق بالاصل في التخفيف يوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق بمولاه في ترك
الجزية وان كان الاسلام اعلى اسباب التخفيف واولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف لتخليص
عن الدنس والاثام وقد الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الى آخره قوله في حقه اى
فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل بالمولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي ان الحرمات
تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان الغني من اهلها اى من اهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له اذا كان عاملا
وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهلها اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس
فالحق به مولاه ويجوز ان يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف وحرمتها
على الغني لغناه وفي الحاق مولاه به لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو انه غير مجرى على
عمومه فان مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع فوجب التاويل بانه محمول على التناصر والتناصر لا نزول
فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي القياس في الكل سواء وهو ان لا يلحق مولى
القوم بهم الا ان ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع رضي سال رسول الله
عليه السلام اتحل لي الصدقة فقال عليه السلام لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا
يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله
عليه السلام في الحاق موالاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء وقوله وما جباه الامام اى جمعه والثغور جمع ثغر وهو
موضع مخافة البلدان والقنطرة ما ارتفع والجسر ما يرفع قوله وهؤلاء عملتهم اى القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين
والعملة جمع عامل وقوله فلا شيء له من العطاء العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الديوان
كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج النبي عليه السلام واولاد
المهاجرين والانصار رضي وكذا لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع
المسئلة في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد ادى عناه فيستحب الصرف

الى قرب ليكون اقرب الى الوفا باب احكام المرتدين لما فرغ من بيان احكام
الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطارئ لان الطارئ انما هو بعد وجود الاصلي وكلامه واضح قوله
الا ان العرض على ما قالوا غير واجب ظاهر المذهب قاله الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين بكذا ذكر
عن عمر رضه لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراض شبهة قوله وتأويل الاول يعني قوله
ويحبس ثلثة ايام انه يستمهل اي يطلب المهل فيحبس ثلثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا
بأس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلثة ايام نصب
الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود
النص في خيار البيع بثلثة ايام ورود فيه لان التقدير بثلثة ايام هناك انما كان للتأمل والتقدير بها ههنا
ايضا للتأمل قوله ولانه كافر حربي بيانه انه كافر لا محالة وليس بمستأمن لانه لم يطلب الامان ولا ذمي لانه لم يقبل
الجزية منه فكان حربيا قوله لاطلاق الدلائل يعني قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه
وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها يعني بعد الاتيان بالشهادتين واما المرتدة فلا تقتل فان قتلها
رجل لا يضمن شيئا حرة كانت او امة قاله في النهاية كذا في المبسوط قوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام من بدل
دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل مبيحة
للقتل من حيث انها جناية متغلظة وكل ما هو جناية متغلظة يناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشارك
ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان يشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول
فصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات الحدود بالشبهات بالرأي ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء
ولان القتل جزاء الكفر والاصل في الاجزية تأخيرها الى دار الجزاء لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من لوازم وهي دار الاختبار
علم لان الناس يسلمون خوفا من خوفه وصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلاء وانما عدل عن هذا
هذا الاصل الى تعجيل بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك عن النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك
بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه السلام لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله
عليه السلام وكان لها ثلثون ابنا وهي تحرضهم على قتال رسول الله عليه السلام فامر بقتلها والجواب عما روى
انه ليس يجري على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه
بما ذكرنا من المعنى قوله ولكن تحبس ظاهر واعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة والامة
قوله والامة يجبرها مولاها قال ابو حنيفة رح اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامره القاضي
ان يجبرها على الاسلام قال المصنف رح اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها امتنعت من ايفاء حق الله بعد الاقرار فتجبر كالحرة
لما فيه من الجمع بين الحقين اي الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهو رواية الجامع
الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وكذلك لا يشترط
طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد اجيب
بان العبد اذا ابى قتل فلا فائدة في الدفع الى المولى قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته ويزول ملك
المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت على حالها قالوا اي المشايخ هذا

عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من
اقامة موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص والجامع ان كلا منهم مكلف
مباح الدم وله انه حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل ولا قتل الا بالحراب فكان القتل ههنا مستلزما للحراب
لا لنفس الكفر لان الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه
ممن يقتل فلا بد من اللازم وهو كونه حربيا وهذا اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته لان
المقهورية امارة المحكومية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع
المالكية مع بقاء الملك محال غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقاء المالكية
لانه حي مكلف محتاج الى ما يتمكن به من اداء ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول وبالنظر الى الثاني لا يزول فتوقفنا
في امره وقلنا بزوال موقوف فان اسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأنه لم يزل مسلما ولم يعمل
السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه لا يقال اذا
كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه
اذا تساوى الجانبان وافضى الى الشك وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف
وانما قيد بقوله في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الايمان فان الارتداد
بالنسبة اليها قد عمل عمله قوله وان مات او قتل على ردته اعاده لانه لفظ القدوري والاول كان لفظ ذكره شرحا
شرحا للكلام قوله ثم هو مال حربي فيكون فيئا يعني يوضع في بيت المال فيكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع قوله
على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى آخره قوله ويستند يعني التوريث الى ما قبيل ردته فيجعل كانه
اكتسبه في حال الاسلام فيورثه ورثته منه من وقت الاسلام ولابي حنيفة رح انه يمكن الاستناد اي استناد التوريث
في كسب الاسلام لوجوده اي لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها اي لعدم الكسب
قبل الردة ومن شرطه وجوده قبلها اي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة فيكون فيه توريث
المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز ثم انما يرثه
من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان اسلم بعض قرابته او
ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه في رواية عن ابي حنيفة رح وهو رواية الحسن عنه اعتبارا للاستناد يعني ان الردة
يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلثة الموت والقتل والحكم باللحاق بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها
فاذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا شرط ان يكون وارثا الى وجود احدها وعنه اي عن ابي
حنيفة رح وهي رواية ابي يوسف عنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته اي بموت الوارث
بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل
استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهنا كذلك وعنه اي عن ابي حنيفة رح وهو رواية محمد رح قيل وهو الاصح انه يعتبر
وجود الوارث عند الموت يعني احد الامور الثلثة سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعدها لان الحادث
بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض فانه يصير معقودا
عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن قال في النهاية وحاصله ان على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه
وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت او القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث

بعد الردة فانها لا يرثان وعلى رواية ابي يوسف رح يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني
دون الاول وترث امراة المسلم اذا مات او قتل وهي في العدة لانه صار فارا وان كان صحيحا لانها سبب الهلاك كالمرض
فاشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن في حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في
العدة فان قيل ابو حنيفة رح يسند التوريث الى ما قبل الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير
المدخول بها لان الردة موت وامراة الميت ترث سواء كانت مدخولا بها او لم تكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب
الارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها واما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم
وهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة وقوله بخلاف المرتدة عند ابي
حنيفة رح فان ما اكتسبه في حال ردته فيء عنده وفرق بينهما بقوله لانه لا احراب منها ومعناه ولا قتل اذ ذاك
لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق ان المراة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة النفس
فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذا تبقى عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها
كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة والقياس
ان لا يرثها لان فرار الزوج انما يتحقق اذا مات وهي في العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن
لها الميراث لانها ليست في عدة ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما اشار
اليه بقوله لقصدها ابطال حقه وبيانه ان حقه متعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة فيرد عليها
قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة
على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها قال وان
لحق بدار الحرب مرتدا او لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون
التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته المسلمين عندنا وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا وهو احد
اقواله لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا ولنا انه باللحاق
صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه بين اظهرهم واعتقاده كاعتقادهم واما حكما فلانه لما ابطل
احرازه نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب صار حربا على المسلمين فاعطي حكم اهل الحرب في دار الحرب
وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه ولان ولاية الالزام منقطعة كما هي
عن الموتى الا ان لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته حكما
يثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرنا يعني قوله عتق مدبروه الى آخره كما في الموت الحقيقي وقوله ثم يعتبر ظاهر
والصغرى لنقود اللحاق وقيل التسبيب وهما متعاديان قوله هذا رواية عن ابي حنيفة هي رواية زفر عنه قوله وهو
اي عن ابي حنيفة رح انه يبدا بكسب الاسلام وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة
ايضا وهو رواية ابي يوسف عنه على عكسه وهو ان يبدا في قضاء الدين بكسب الردة قوله وجه الاول ان المستحق
بالسببين اي الدينين مختلف وتقريره ان المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف
فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد
من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيقضي اذا آل اليه فيكون الغرم بازاء الغنم
وقوله وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه وكذا هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن

حق المورث فيقدم الدين واما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه
الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه اجاب
بقوله كالذمي اذا مات ولا وارث له فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون مالا لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه
دين يقضى منه وقوله وجه الثالث ان كسب الاسلام حق للورثة تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه وقضاء الدين فرغ لحقه اولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فح يقضى دينه من كسب
الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من وجوه الاول انه قيل ان هذا يناقض قوله اما كسب الردة فليس بمملوك له
لبطلان اهلية الملك بالردة والثاني ان كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا به
بعد الفراغ عن حق المورث والثالث ان قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه
لقوله فكان قضاء الدين منه اولى واجيب عن الاول بان المعنى من خلوص الحق ههنا هو ان لا يتعلق حق الغير
به كما يثبت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس
بملك له وكذلك الذمي اذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بالمال عند الموت لا بما
زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين
به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان احدهما خالص حقه والآخر بعرضية
ان يصير خالص حقه ولا شك ان قضاء الدين من الاول اولى هذا على طريقة ابي حنيفة رح وعندهما يقضي دينه
من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال وما باع او
اشتراه [illegible] ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا رحمهم الله في نفاذه ووقفه وقال وهذا عند ابي حنيفة رح واما
ما لكذلك لان المسلم من اهلها [illegible] وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين اقسام تصرفات المرتد وهي
واضح الا ما نذكره [illegible] في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني الموت والقتل واللحاق وقوله
لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية [illegible] كالاستيلاد والطلاق فيفتقر الى حقيقة الملك يعني
الاستيلاد فلو ولدت جارية وادعى نسبه يثبت نسبه ويرث هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له لان
حقه فيها اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب يصح فكذا هذا استيلاد حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك
وانما يكتفي فيه بحق الملك قوله وتمام الولاية يعني به الطلاق فانه يصح من العبد مع نقص الولاية على نفسه فان قيل
الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لو ابان
الرجل امراته ثم طلقها بائنا على ما عرف على انه يحتمل ان يوجد الارتداد ولا يقع الفرقة كما لو ارتدا معا قوله لانه
كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واشكل
بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد بها الملة السماوية ينتقض
بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية لا معروفة ولا محرفة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم
القاضي بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم واجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به من نكاح
يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل
والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض
من النكاح بخلاف المجوس واهل الشرك فانهم دائنا دينا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم يكن المراة من معاد

مسائل

وكانت المصالح منتظمة وقوله كالمفاوضة معناه ان المرتد ان فاوض مسلما توقفت فان اسلم نفذت المفاوضة وان
مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق قوله وهو ما عددناه يعني قوله وما باعه او اشتراه
الى آخره قوله على ما قررناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى آخره وقوله وطئها لو ولدته ولدا بعد الردة لستة اشهر
توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد قوله ولو مات ولم
بعد الردة يعني لو مات ولد من المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لابنه فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه
هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف
المذكور في الكتاب وقوله على ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما قدمه من قوله ولو انه حربي مقهور تحت ايدينا
فتوقف التصرفات بناء عليه اي على ما توقف الملك قوله لتوقف حاله اي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن
وقوله فكذا المرتد يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذا
ههنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف يتوقف تصرفاته والاعتراف بجواز المن يسقط
الاعتراض قوله واستحقاق القتل جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لانم وجود الاهلية لان العصمة ينتفي
الجنة كاملة وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان
سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية وقوله في الفصلين يريد به قتل الحربي وقتل
المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا لخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكانت تصرفات الزاني
المحصن الذي يستحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقاق في ذلك يعني ان
الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليس كذلك لان الاستحقاق فيهما
جزاء على الجناية وقوله وبخلاف المرأة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال فان عاد المرتد بعد الحكم
بلحاقه اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه
لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب فاذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه اي على الوارث
قال شمس الائمة الحلواني هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان الحكم
فيه هكذا الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه فانه لا سبيل له عليه لانه ازاله في وقت كان له
سبيل من الازالة فنفذت وبخلاف امهات الاولاد والمدبرين فانه لا سبيل له عليهم لان القضاء بعتقهم قد صح
بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فاذا خرج من
ولايته كان له ان يميته حكما فاذا كان قضاء عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ولو جاء مسلما
قبل قضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات الاولاد ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي
وما كان عليه من الديون فهي الى اجله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي
واذا وطئ المرتد جارية نصرانية ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله انه لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام
اشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة اشهر احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فان الولد يرث
المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه واما اذا جاءت به لستة
اشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة واذا لحق المرتد
بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء اي المال في دون نفسه ويحتمل ان يكون المال فيئا دون نفسه كشيء في الحرب ولحق

ثم رجع يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاقه ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة
قبل القسمة رد عليهم والفرق بين المسئلتين ان الاول المال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي اذا ظهر على مال الحربي فهو فيء
لا محالة والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة
قبل القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا لانه متى
لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان كالميت ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان الحق
لا يثبت لهم الا بالقضاء واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة
جائزة والولاء للمرتد الذي اسلم انما جازت الكتابة فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي
باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن او ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تحتمل
الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما اخذ ما وجد بعينه في يد ورثته ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في الوكالة خلافة ايضا لا بقاء حكم الحاكم
في صحة الكتابة فكانه وكله في كتابة عبده وحقوق العقد فيها اي في عقد الكتابة ترجع الى الموكل واما ان الولاء
للمرتد الذي اسلم فلان الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل منه بعد اداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد
اداء بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائما قال واذا قتل المرتد رجلا كلامه واضح قوله
لانعدام النصرة يعني ان التعاقل انما يكون باعتبار التناصر ولا احد ينصر المرتد وكانت الدية في ماله كما يد
وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند ابي حنيفة وعندهما الكسبان جميعا لنفوذ تصرفه في ماله
المكتسب مبتدأ وخبره وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل ليتصل عن الصفة قوله اما الاول يعني اذا مات على الردة
فاهدرت يعني السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطأ لان قطع اليد
صار نفسا بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان معصوما
وقت السراية لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير المعتبر
لا ينقلب موجبا اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة وقوله فان لم يلحق واسلم يعني اذا قطع يد المسلم
ثم ارتد والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات فعليه الدية كاملة قوله في جميع ذلك اي فيما اذا مات
على ردته او لحق ثم جاء مسلما او لم يلحق واسلم قوله لان اعتراض الردة يهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان
دليله ان الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه
او تقايلا البيع ثم مات العبد لم يجب الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية
شيء لان الاقدام على البيع ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يده فارتد فاسلم فلو مات من القطع
ولم يتخلل حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل الا ان المهدر لا يحتمل الاعتبار
ولنا ان الجناية وردت على محل معصوم لان القطع انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الموت
انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس فالباقي ظاهر وقوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين يعني اذا قال للعبد
ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق لما لم يعدم الملك عند اليمين وعند الحنث لم يعتق
وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا استلزمه لانها وضعت لتبديل الدين فيصح من غير ابراء
الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لاهدار دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه

والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فضمان كالابراء وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير ان قول محمد رح وزفر رح قياس وقول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا
كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عمدا فلا شيء عليه لانه لو
في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية
كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلهذا كان على عاقلته
دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد
وقوله واما عند ابي حنيفة ابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له اذا كان حرا
وجعل ملكا له اذا كان مكاتبا ووجه الفرق ان المكاتب يملك اكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة
لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذي هو شبيه الموت واذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الاكساب الحاصلة
بسببه واستوضح ذلك بعقد الاجير الا ترى ان المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى يعني الردة
بطريق الاولى واذا كان الرق اقوى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع
كالاستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما واما العبد فممنوع عن التصرفات
كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مع الردة بالاولى قال صاحب النهاية
قلت لشيخي رح في هذا الالزام من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه لانه اذا لم يمنع كل واحد
منهما على الانفراد جاز ان يمنعاه عند الاجتماع لان للاجتماع تأثيرا كما في الشاهدين ثم اجتمع ههنا للمكاتب
ثلثة اوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز ان يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف فقال اما الكتابة
فهي مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان
بزيادة العلة كما اذا اقام احد المدعيين اربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة لا بالعلة فضمها
الى هذا اللفظ واري ان الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه انما ابرز السؤال من حيث ان احدى علتي
المنع يعارض علة الاطلاق وترجح بالاخرى بل اراد من حيث انهما عند الاجتماع لم لا يجوز ان يكونا مانعا عن
التصرف بناء على ان الهيئة الاجتماعية طار عن الجواب ليس لكل من الافراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما تكون لها
زيادة تأثير اذا امكن ان يحصل من تركبهما امر خارجي او اعتباري حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة قوله
واذا ارتد الرجل والمرأة والعياذ بالله قوله لحقت المرأة في دار الحرب تقييد بدار الحرب اتفاقي فانهما ان حبلت
في دارنا ثم لحقت بدار الحرب فالجواب كذلك ولهذا ذكر لفظ قبل ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد
من الاسلام واذا كان في دار الاسلام كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار حجة في الاستتباع فالجبر فيما
يكون الجبر ههنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما
تبعا للجد كان تبعا لجد جده فيكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام ولو كان تبعا للاب وهو تبع
مستتبعا الغير وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجبر تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للنوع والتفريع ثابت
في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير في كلتيهما على الروايتين يعني ظاهر الرواية لم يجعل
بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح جعل الجد فيها بمنزلة الاب اذا صبيه ردة الولد مسلما
باسلام جده في ما ذكرنا واما صورة صدقة الفطر في ان الاب اذا كان فقيرا او ميتا والجد موسر هل يجب فطرة

عليه اولا واما صورة جر الولاء فلانه اذا اعتق الجد والجد كافر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لمولى الجد اولا يكون
وصورة الوصية للقرابة اذا اوصى لرجل لذوي قرابته لا يدخل الوالدات فيها وهل يدخل الاجداد او لا على الروايتين وذكرنا
بين المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد يعني يجري عليه احكام
فيبطل نكاحه ويحرم من الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان ادرك كافرا ويحبس وتوجيه تحرير الكتاب بظاهر وقوله
لما ادلى الولد وان فيه انه اي الصبي الذي يعقل تبع لابويه فيه اي في الاسلام فلا يجعل اسلامه يعني يصح اسلامه بطريق
التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة لان التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين القدرة والعجز تناف
واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي الآخر ضرورة قوله ولانه يلزمه دليل
آخر وهو واضح وقوله وافتخاره بذلك مشهور الى ان قال رضي الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان الحلم واختلفت
الرواية في سنه حين اسلم رضي الله عنه وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان و
خمسين سنة لان النبي عليه السلام دعاه الى الاسلام في اول بعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده
ثلثون انتهت بموت علي رض فاذا ضممت خمسا الى ثلث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال القتبي اسلم وهو
ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين قوله ولانه اي بحقيقة الاسلام دليل آخر وهو ظاهر وقوله وما يتعلق
به مبتدأ وقوله سعادة ابدية خبره ويجوز ان يكون معطوفا على التصديق اي هو التصديق الاصلي وهو ما يتعلق به و
يجوز ان يكون خبر مبتدأ محذوف ويجوز ان يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصلي على تقدير ان يكون هو وا
ويجوز ان يكون قوله ما يتعلق به مبتدأ وسعادة ابدية خبره وهو الاولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه احكام
يشوبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا نفل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضا ان
يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح نفلا في سائر العبادات فانه يتردد
بين الفرض والنفل والجواب انا لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة
وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى في اول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت
والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ان احدى الجهتين مؤيدة للاخرى فلا يكونان متنافيين
وذلك كالجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان ايضا قوله
ولهم اي لابي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله وقوله لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها اي في الردة انها موجودة
حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان قيل الردة تكون بالعقل عندهما وذلك قبيح كان رد الاسلام
انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك فالعقل من باب اعتبار ما هو محض مضرة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين
الشيئين بالقياس فرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب ان هذا
قياس بينا لوجود شيء وتحققه يوجد شيء آخر وتحققه في عدم جواز الردة ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله
الا انه يجبر على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه قوله لانه عقوبة والعقوبة
موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم قال في النهاية فيه نظر لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة له
والله تعالى ارحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كما في الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار
والجامع الصغير للامام التمرتاشي واشار اليه في المبسوط ثم قال فالاولى ان يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكره
من تعليل المبسوط وهو قوله انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر

البغاة جمع الباغي

باب البغاة

اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع الباغي كالقضاة جمع القاضي واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم في ذلك كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء بالنهروان قبل قتالهم ومقصودا قرية بالكوفة كان بها اول التحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم على ابا موسى الاشعرى بينه وبين معاوية قائلين ان القتال واجب بقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي الآية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون فذلك اثر انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال لهم ابن عباس نعم ان منها اهل الحادثة ليست بادلى في حق جميع عام دفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وكان التحكيم على حد موافقا للنص فرجع البعض واصر آخرون وكلامه واضح **قوله** والمروى عن ابي حنيفة من لزوم البيت يحمله ما روى الحسن عن ابي حنيفة انه ان الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه السلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار محمول على حال عدم الامام اما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتلهم نصرة لامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي فان الامر للوجوب **قوله** اجهزوا اتبع على جريحهم المتعول لا يقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وتممت عليه **قوله** ولا يتبع اسيرهم هو مشغول على بمعنى اسد عنه ولا يكشف ستر اى لا يسبى نساؤهم الا ترى ان اصحابه على يوم الجمل قسمة ذلك الفعال فاذا قسمت فلمن يكون عائشة والقدوة اسم للاقتداء كالاسوة اسم للائتساء ثم يقال فلان قدوة اى يقتدى به **قوله** ولذلك اشارة الى قوله يحبسهم الى قوله دفعا للشر **وقوله** ولانهم مسلمون معطوف على قوله القول على بعض **وقوله** اما عدم القسمة فلما بينا اشارة الى قوله على نفسه ولا يؤخذ مالهم **وقوله** فاذا وجبها يعنى فتح اهل البغى من اهل العدل ذلك اى قبل اجراء احكامهم على احد **وقوله** في الوجهين اى في الوجه الذي قالت انا على الحق وفي الوجه الذي قال انا على الباطل **قوله** دواه الزهرى قال الزهرى وقع الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين على ان كل دم اريق بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القرآن فهو موضوع **قوله** ولا التزام لاعتقاد الاباحة يعنى ان الباغي اعتقد اباحة اموال العادل بان العادل عصى الله وكذلك لم يعمل بموجب الكتاب **قوله** ولعما قيل لابي حنيفة ومحمد عرفها الله في قتل الباغي العادل **وقوله** فيعتبر الفاسد اى يعتبر التاويل الفاسد في دفع الضمان **قوله** لم يوجد الدافع اى التاويل الدافع للضمان **قوله** وليس ينبغي بالكوفة بالكوفة باعتبار ان البغاة حرجا وانما اولا والحكم في غيرها كذلك **وقوله** الاياحمنعة يرتد يرتد بها الحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب الذي يتخذ منها المعازف لانه انما يصير معازفا بفعل غيره **وقوله** وعلى هذا بيع الخمر بيع العنب اى لا يكره بيع العنب ممن يتخذه خمرا والفرق لابي حنيفة بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس اللقيط ذكر عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ اى ملقى مطروح فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء وقال تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشيء بما يؤول اليه فان اللقيط هو حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد كذا في شرح الطحاوي **وقوله** لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم من آدم وحواء وهما حران والرق انما هو بعارض الكفر ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن دار الاسلام الحرية **قوله** هو المروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما في اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين **وقوله** والخراج بالضمان اى له غنمه وعليه غرمه اى غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لانه قبل الرد في ضمانه يقال الخراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم **قوله** فيه اى غيبة المال ويقال برع الرجل وبرع بالضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال المتفضل المتبرع **وقوله** الا ان يأمر القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية **وقوله** ليكون دينا اشارة الى انه يصير دينا اذا قال له القاضي من الحاكم رجع القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه ان لو كان من اهله ولو كان من اهله وامر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا اذا امره القاضي ورجع ان لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل فقد يكون للحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه **قوله** معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط اولى لانهما استويا في الدعوى وللاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى **وقوله** ثم قيل يصح في حقه اى في حق النسب وقيل يبتنى عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظه دلالة من غيره **قوله** ولو ادعاه الملتقط ولو ادعى الملتقط نسب الملتقط وقال هو ابني بعد ما قال انه لقيط قبل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل به حق احد ولا منازع له في ذلك والاصح انه على القياس والاستحسان اى على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس هاهنا غير وجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه فكان متناقضا وفي الاستحسان يصح دعواه لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه في هذا الاقرار ويكسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له حق الولاية **وقوله** انه متناقض قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء وقد يشتبه على الناس حال ولد الصغير ويظن انه لقيط ثم يتبين بعد ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا اكذب نفسه وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به اي يجب على الملتقط ان يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده واصاب في وصفه لان الواصف اولى به ذكر من الملتقط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف احدهما واصاب ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزمه وهاهنا يلزمه قلنا بان الفرق بينهما هو ان اصابة الواصف امر محتمل يحتمل انه اصاب لانه له ويحتمل انه اصاب لانه رآى في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا ترى انه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له به كما لو اقام البينة فيعتبر الوصف لترجيح سبب الاستحقاق واما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا فافترقا **قوله** واذا وجد في مصر من امصار المسلمين على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسئلة في الحاصل

على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني ان يجده كافر في
مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين
والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في
الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد رح ان العبرة للواجد في الفصلين جميعا كذا في المبسوط **وقوله** وفي بعض
النسخ يعني نسخ دعوى المبسوط قوله ومراده ان اللقيط عبد ظاهر فاذ قبل البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا
خصم هنا لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما عنه اجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه
ويزعم انه احق بحفظه فلا يتوصل المدعي الى الاستحقاق الا عليه بإقامة البينة فان ادعى عبدا انه ابنه ثبت نسبه لانه
لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو ضرر فيثبت
الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزم الثاني لان المملوك قد يلد الحر فلا يبطل الحرية الظاهرة بالشك ويمكن
ان يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر لان
المملوك قد تلد الحر فلا يكون عبدا وقد تلد الامة فيكون عبدا ما الظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك
قال والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان او المسلم والذمي
وهما خارجان دعوى مجردة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي وكذلك اذا اقاما البينة وليس احدهما
اكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم لان بينة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست
احدهما اكثر اثباتا فكان المسلم اولى واما اذا كانت بينة الكافر اكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى
الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه واقام على ذلك شاهدين مسلمين واقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد
على فراشه من هذه الا قضى بالصبي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت النسب
بجميع احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا
فهو اولى من المسلم الخارج واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او على دابة هو عليها فهو له وكذا الحكم اعتبارا للظاهر
لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه اصله
القميص الذي عليه فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة
مثبتة وليس كذلك اجيب بان هذا الظاهر يدفع دعوى الغير **وقوله** ثم يصرفه الواجد اليه قوله والموجود كل
واحد منهما اي من الملتقط والام احدهما لان للملتقط ولاية كاملة ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا رأي لها **وقوله**
لانه من باب تثقيف الثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب قوله
بخلاف الام لانها تملكه اي تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدامه واجارته والله اعلم

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متحدان لفظا ومعنى وخص
اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني آدم اللقطة وهو الشيء الذي يجده ملقى فياخذه
امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ ماذون فيه شرعا بل هو الافضل
عند عامة العلماء **وقوله** بل هو الافضل عند عامة العلماء احتراز عن قول من يقول ان اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه
وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول اخذها جائز وتركها افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت
منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا والحاصل ان اللقطة عند
عامة العلماء على نوعين ما يكون اخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات
بعضهم اولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة دمه واذا خاف على دمه الضياع وجب
حفظه فكذلك اذا خاف على الغير وما لا يكون واجبا وهو اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى
وتعاونوا على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن ان تصل اليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها وقيل تركه افضل لما ذكرنا
ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب واذا كان كذلك اي اذا كان اخذها
ماذونا فيه شرعا لا يكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا لان الظاهر ان معناه
واذا اشهد الملتقط انه يأخذها الى آخره لا يكون مضمونة عليه لانه لم يأخذه لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت
امانة لا يكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار
كما اذا اقام الملتقط البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه ضمن بالاجماع
لانه اخذ مال الغير بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك
يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله لان عدم الضمان هو الظاهر شاهد له
لاختيار الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لا للتملك
مطلق فعل عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد عليه واما ان القول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب
الضمان وهو وجوب القيمة في ذمته وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه الغصب ولهما انه اقر بسبب
الضمان ظاهر وقيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد واما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او
خاف انه لو اشهد عند الرفع يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق فان وجد من يشهده فلم
يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه قوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول **وقوله** وهذا رواية
عن ابي حنيفة رح يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي رح قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء
كان الشيء نفيسا او خسيسا **وقوله** كانت مائة دينار رشيدا وعن الف درهم فيه ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى
ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي عليه السلام فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته
ثانيا فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثالثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها
والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وانه قال هذا التعريف يكون حولين وليس
ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقطا الدلالة على المراد قوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير باشارة الى
ما اختاره شمس الائمة السرخسي **وقوله** كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كانت في مواضع متفرقة فجمعها وصار بحكم
الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها
حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد جمعها جاز ان يأخذها لان الالقاء متفرقا دليل على الاذن لا على التمليك لانه
التمليك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما
جمعها فالظاهر انه ما القاها **قال** فان جاء صاحبها والا تصدق بها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف
دفعها اليه ايصالا للعين حق المستحق الدفع اليه واذا اي وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء تصدق بها ايصالا للعوض
المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها الى مستحقه وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها فان
جاء صاحبها بعدما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل

في ظاهر الرواية صح

الكرخي ... صح

باقدنا الشرع لحصل باذنه غير متوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها كما في بيع الفضولي
وليس بلازم حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة فاجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما
كان ماذونا في التصدق شرعا ملكها الفقير بنفس الاخذ لان التصدق من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل
عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قائما في يد الفقير اجيب
بان ثبوت الملك لا يمنع حق الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب
مسلما بعدما قسمت امواله بين ورثته فانه ياخذ ما وجده قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك
في المشترى انما يثبت بعد اجازة المالك البيع فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل
يشترط قيام البايع والمشترى والمالك ايضا وسيجئ تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط
وهو ظاهر فان قيل كيف يضمن وقد تصدق بها باذن الشرع اجاب بقوله لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه يعني
ان الاذن كان اباحة منه له فانه وبمثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير
حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين لما ذكر في الكتاب وهو واضح وان كان العين قائما اخذها لانه وجد عين ماله
وحاصله ان المالك اذا لم يجز الصدقة فلا يخلو اما ان يكون اللقطة قائمة في يد الفقير او هالكة فان كانت قائمة اخذها
وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه فانه كلاهما ضامنا
بفعل الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسلم بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان
التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا قوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر ظاهر سوى الفاظ نذكرها
والاباحة اى اباحة الاخذ واذا كان معها اى مع اللقطة ما يدفع بها عن نفسها يعني ما يملكها كالقرن في البقر
وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذلك في الفرس قوله فيقضى بالكراهة اى كراهة الاخذ قوله وفيه هذا
نظر من الجانبين اى من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة قوله
فاذا لم يظهر يامر ببيعها قيل فاذا امر ببيعها فبيعت اعطى القاضي من ذلك الثمن ما انفق بامره في اليومين والثلثة
لان الثمن لصاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم القاضي فيعينه على اخذ حقه لان الغريم اذا ظفر
بجنس حقه كان له ان ياخذ وكان للقاضي ان يعينه على ذلك قوله وفي الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط
يقيم البينة على ان هذه الدابة لقطة عنده فان قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود ههنا
اجاب بقوله وليست تقام للقضاء اى هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه
وان قال لا بينة لى اى الملتقط قال لا بينة لى على انها لقطة عندي ولكنها لقطة يقول القاضي للملتقط انفق
عليها ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول بهذا الترديد حذرا عن ان يلزم احد الضررين لانه لو امر قطعا تضرر المالك
بسقوط الضمان على تقدير الغصب وان لم يامر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد انفق عليها قوله فاشترط القاضي
الرجوع على المالك متصل بقوله انما يرجع اى انما يرجع الملتقط اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية
التي ذكرها في مسائل اللقيط بقوله والصحيح ان يامر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون دينا على اللقيط فيرجع
على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع قال
واذا احضر يعني المالك كلامه ظاهر قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه يحيى بنفقته يقال نشدت الضالة اى عرفتها
وانشدتها اى طلبتها ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي لا يحل لقطتها الا لمنشد اى لطالبها عنده والمعرف

عنده العفاص الوعاء الذي يكون فيها النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكاء الرباط اى الذي السقاء يشد بالوكاء
وهو الرباط الذي يشد به قوله ابقاء ملكا للمالك من وجه يعني من حيث تحصيل الثواب فيملكه كما في سائرها اى في سائر اللقطات
وتاويل ما روى من قوله عليه السلام لا يحل لقطتها الا لمنشدها لا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل لو جعل تخصيص هذا
المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم وبيانه ان مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من
كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يبعد الرجوع اليها فالظاهر انها للغرباء ولا يظن عودهم في سنة ذكر فينبغي ان
يسقط التعريف لعدم الفائدة فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم فقال لا يحل دفع لقطتها الا لمعرفها كما هو
الحكم في غيرها من البلاد قوله لعماله اى للمالك وان في ذلك حاصله ان الملتقط متبرع من وجه دون وجه فيكتفى في الحجة
بذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر
باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا قوله وهذا اى هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها اليه للاباحة اى
وجب حمله على الاباحة لاجل العمل بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر فانه لو لم يحمل على
الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل ان يقول لا يحمل الا على الاباحة عملا بالمشهور فيلزم عدم جواز
الدفع ايضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب ان الشافعي لم يقل الجواز لانتفاء الوجوب
والنص ههنا في مقام الدفع فجاز ان يدفع على طريق يلزمه الخصم قوله بخلاف التكفيل لوارث غايب عنده اى عند
ابي حنيفة رح وانما رد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرته حكم تلك المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة
اما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي اخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا ياخذ كفيلا قوله وقيل
يجزئ لان الملك ههنا غير ظاهر يعني يجوز ان يكون المالك هو الذي حضر فلا اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقرارا
لمن المدفوع اليه واما المودع فانه مالك ظاهرا فيما لا اقرار او كان لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين في الوديعة
اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشئ
وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه بامره وان المودع
بضمانه ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وان الضامن
بعدما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن هكذا في المبسوط قوله وكان من المياسير اى الاغنياء
جمع الميسور ضد المعسور قوله حلالا على دفعها اى يكون حاملا وباعثا على دفعها قوله لاطلاق النصوص يريد به
قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان يكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى
عليكم قوله والاباحة للفقير لما روينا هو قوله عليه السلام فليتصدق به قوله والغنى محمول على الاخذ جواب عن قوله
ولانه انما يباح للفقير حملا له على دفعها قوله والانتفاع الى جواب عن استدلاله بحديث ابي بن كعب قوله وهو جائز اى
الانتفاع للغنى جائز باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب
للمالك ونظر الانتفاع للملتقط قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين

كتاب الاباق

قال صاحب النهاية بين هذه الكتب اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود كتب تجانس بعضها بعضا
من حيث ان لكل واحد منها عرضة الزوال والهلاك والاباق هو الهرب والآبق هو الذي يهرب من مالكه قصدا والاباق اخذه
افضل منه حق من يقوى اى يقدر عليه لما فيه من احيائه اذ الآبق هالك في حق المولى فيكون رده احياء له واما الضال
وهو الذي لم يهتد الى الطريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا

كذلك الآبق ثم اخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظ بنفسه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي واما اختيار
شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظ بنفسه وان شاء دفع الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد
فيهما بالخيار وقوله ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ظاهر قوله ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل
الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها قال عمر رضه في جعل الآبق دينار او اثنا عشر درهما وقال علي رضه
في جعل الآبق دينار او عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضه اربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضه ان رده في المصر
فله عشرة دراهم وان رده من خارج المصر استحق اربعين فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما
دونه توفيقا وتلفيقا اى جمعا بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يأخذ باقل المقادير لتيقنه
اجيب بانه لم يوخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده فيما دونه
مسيرة سفر وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر وهذا اولى لانه يعمل بكل منهما وقوله والتقدير بالسمع جواب
عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل دفع قوله ولان الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها تقتضي الفساد
بين الاصل والملحق وليس بموجود قوله ويقدر الرضخ تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وانه لو يا ...
كان لكل يوم ثلثة عشر درهما وثلث درهم قيل هذا لا يشبه التفويض الى راى الامام وقوله والمدبر وام الولد في هذا
اى في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف لما فيه من احياء
ملكه اولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لان ام الولد لا مالية فيها عند ابي حنيفة رح قوله لانهما يعتقان
بالموت باطلاقه ظاهر في حق ام الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن يخرج
من الثلث فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب
او الحر وقوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو اى كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جوابا اذا لم يكونا في عياله
والقياس ان يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد الابن عبد ابيه وهو ليس
في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك واما اذا
وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب قوله فلا يتناوله اطلاق الكتاب
اى القدوري رح قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام قال وان ابق من الذي رده اذا ابق
الآبق من الذي اخذه ليرده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة ان
الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا قال المصنف رح وذكر في بعض النسخ اى في بعض نسخ مختصر القدوري لا شيء له اى لا جعل
للراد اذا ابق الآبق منه وهو صحيح ايضا لانه اى الراد في معنى البايع من المالك لانه ما ...
فانما يستفيدها المولى بالرد فيستحق الجعل عليه والبايع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك هنا يسقط الجعل
ولستوضح ذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا انه امانة عنده ولو اعتقه
المولى اى اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقاه صار قابضا بالاعتاق فيجب عليه الجعل واشار بقوله بالاعتاق الى انه
لو دبره مكان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري
العبد المشترى قبل القبض واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان يصل الى يده وكذا
اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان
في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا الى يده فلا يكون لها حكم القبض قوله والرد وان كان له حكم البيع

جواب عما يقال قد علم من قبل ان الراد في معنى البايع من المالك ثم حقه ثم بيع المالك من الراد قبل ان يقبض فيجب ان يكون
لا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد
ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالاباق فلا
يكون داخلا تحت النهي فيكون جائزا قوله وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه اخذه ليرده ظاهر قوله فان كان الآبق
رهنا سيأتي الكلام فيه في آخره ان شاء الله تعالى وقوله والجعل يقابله احياء المالية فيه نظر لانه يلزم منه اذا رد ام الولد
وما فيه احياء المالية عند ابي حنيفة رح واجيب بانه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها لانه
احق بكسبها وقد احياه الراد ذلك برده قوله وان كان مديونا اى العبد الآبق وان كان مديونا بان كان ماذونا
له فلحقه الدين في التجارة او استهلك مال الغير واقر به مولاه وقوله كالموقوف يعني بين ان يستقر على المولى
اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء متى اختار البيع وهذا توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو
الجعل قوله وان كان اى الآبق موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر ان
الواهب هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله وهو ان الجعل على من يستقر الملك له وبعوده على المولى ان اختار الفداء
فعلى كلا التقديرين كان ينبغي ان يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع ان
المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اى برد الآبق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع ونحوهما
من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة
حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الجعل ورد الراد اجيب بانه كذلك لكن ترك الموهوب له
التصرف اخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى آخرهما وجودا وكذا هذا وقوله
وان كان الصبي الى آخره ظاهر والله اعلم

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الباب ههنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء اى اضللته
وفقدته اى طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على
مفهومه الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت وقوله نصب القاضي من يحفظ
ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح قوله ولانه نصبه في قبض ديونه
في يد رجل بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره وقوله ولا اى الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة
انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فانه عند ابي حنيفة رح يملك الخصومة وعندهما لا يملكها ولذا
كان كذلك يعني ان وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب
والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة الا اذا
راه القاضي اى جعل ذلك رايا له وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد
فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب
بان المجتهد فيه سبب للقضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر ام لا فاذا راها القاضي حجة وقضى
بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظاهر
وقوله ومن ذلك في الاخ والاخت انما كان من الشاني لانها نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا يجب الا بالقضاء
او الرضا ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضا قوله فاذا لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعوم في ماله وقوله

وبهذا اي الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي قوله وبهذا اي الاحتياج
الى الاقرار انما هو اذا لم يكونا اي الدين والوديعة او النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح
والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر انه لا
ينفق منها عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب
اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده ملك للغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق
منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود قوله
لان القاضي نائب عنه اعترض عليه بان القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق
على هؤلاء فلا يكون نائبا واجيب بان القاضي نائب عنه في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ
ولهذا جاز ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ فقط فان قلت
اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب
بان الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف وقوله لان ما يدعيه على الغائب يحتمله
ان الخصومة لا تسمع الا من المالك او نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يوكله وهو ظاهر ولا حكما لان
ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود ولا يكون
النائب حكما الا في مثل ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى قال ولا يفرق بينه
وبين امرأته كلامه واضح وقصة من استهوته الجن اي جرته الى المهاوي وهي المهالك ما روى عبد الرحمن بن ابي
ليلى قال انا لقيت المفقود وحدثني حديثه قال اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم
في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخيل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب
رضي الله عنه قد ابان امرأتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر بين ان يردها علي
وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه منع حقها
بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ودفع
الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولي والمرأة بعد اربعة
اشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود اظهر من عذر المولي والعنين فيجب ان يضعف مدتاهما في التربص بان
يجعل السنون مكان الشهور فيتربص باربع سنين عملا بالشبهين قوله ولنا ظاهر وحاصله ان البيان
في الحديث المرفوع الى النبي عليه السلام مجمل فيحمل على بعد خروج بيانا ان ذلك اليهم وقوله وعمر رضي الله عنه رجع الى قول
علي رواه ابن ابي ليلى وقوله ولا معتبر بالايلاء جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر
فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق ولا معجل ولا مؤجل وقوله
ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعدما استقرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تتحول
ففات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مرجو قبل
مضي اربع سنين وبعده قال واذا تم له مائة وعشرون سنة اختلف الروايات عن اصحابنا في مدة المفقود
روى الحسن عن ابي حنيفة انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا
يرجع الى قول اهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية

يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله
كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر
وهل يعتبر باقرانه في جميع الدنيا او في الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروي عن ابي يوسف
بمائة سنة لان الظاهر ان لا يعيش احد في زماننا اكثر من مائة سنة وقدره بعضهم بتسعين لانه متوسط ليس بغالب ولا
نادر والاقيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ وكذلك قولهم اشغل من ذات النحيين ان لا يقدر
من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشيء اصلا لتعطل حكم المفقود والارفق
ان يقدر بتسعين لانه اقل ما ذكر فيه من المقادير وقوله واذا حكم بموته ظاهر وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي لا
يبطل الوصية بل يوقف وذكر في الذخيرة واذا اوصى رجل للمفقود بشيء لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال
المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة المفقود الى ان يظهر حاله فكذلك في الوصية والاصل
المذكور في الكتاب ظاهر قوله وتصادقوا اي الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي
الذي في يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما
في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول ولد الابن ابونا مفقود لا يمنع اقرار ذي
اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا القول وتوقف الباقي على يدي ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من في
يده المال اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فاقامت البنتان البينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما
ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف
لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما في هذا المال والابن ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك
بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يده قد جحد
فهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد الابنتين فالمسألة بحالها فان القاضي
لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من ايديهما لان
النصف صار لهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه وهو لهما من وجه فلا يقف منه شيئا للمفقود اي لا يجعل شيئا
ما في يد البنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود وطلبت البنتان
ميراثهما فالمتيقن ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن
المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف
متيقنا به وقوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل فانه حتى وقف النصيب فانه يوقف ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى
وقد ذكرناه في رسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض قوله ولو كان معه اي مع الحمل وارث آخر
كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير
فرضها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان المرأة تعطى الثمن لانه لا يتغير فرضها وان كان ممن يسقط
بالحمل لا يعطى كابن الابن او الاخ او العم فانه لو تركت امرأة حاملا واخا او عما لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز
ان يكون الحمل ذكرا فيسقط به الاخ والعم فلما كان ممن يسقط بحال كان اصل الاستحقاق مشكوكا فلا يعطى شيئا
لذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه اذا كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام
السدس وان لم يكن حيا فانهما يرثان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود يعني انه اذا مات

الرجل وترك جدة وابنا معتق واخا لأم فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك اخا وابنا معتق والا يعطى
الاخ شيئا وكذلك لو ترك اما وابنا معتق فانه ان كان المعتق حيا يستحق الام السدس وان كان ميتا يستحق الثلث كما في
الحمل

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب المارة [illegible]
لاتصالها على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من المال يوجد ثم يخلط
بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد
النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص بها وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشركة جائزة
لان النبي عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا
من غير نكير منكر وهي على ضربين شركة املاك وشركة عقود وكلاهما ظاهر وقوله خلطا يمنع التميز بينهما كخلط الحنطة بالحنطة
او الحنطة بالشعير [illegible] فانه لا يجوز يعني البيع من الاجنبي الا باذن شريكه قوله وقد بينا الفرق في كفاية
المنتهى قيل الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل
بفعلهما كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد منهما بالنظر الى الشريك في حق البيع من الاجنبي
نابل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين قوله فالملك لا احترازا عن الشركة في التكدي و
الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصة لا على وجه الاشتراك اى
شركة العقود وكلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتحقق عقد الكفالة ثم [illegible] هذه
العقود الوكالة لتحقق ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكم المطلوب منه اى من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه
العقود انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا
بينهما الا وان يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما
فصار كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي اربعة اوجه ذكر وجه الحصر في ذلك ان الشريكين
اما ان يذكرا المال اولا فان ذكراه فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال ابتداء وبقاء اولا فان لزم فهي المفاوضة
والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير اولا فالاول الصنائع والثاني الوجوه
البيت لا يصلح الوجوه الناس حال كونهم مفلسا [illegible] فانهم اذا كانوا اسنادا [illegible] يتحقق
بينهم والشراء جمع الشريك وهو جمع من لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للشريك قوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء
وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ذكر من اخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل
واحد منهما ولاية الاستئناف بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة يشترط المساواة فكذلك
في الانتهاء وقوله وذلك اى تحقيق المساواة في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه
كالعروض والديون من المفاوضة حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون
وقوله وكل ذلك بانفراده فاسد اى كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بان تشترى لي
ثوبا او دابة كان فاسدا وكذا الكفالة بالمجهول بالمعلوم باطل والكفالة بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة
جائزة كما اذا قال وكلتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس بمراد ههنا فانه
لا يثبت الوكالة في حق شرى الطعام والكسوة لاهلهما فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز قوله والجهالة
متحملة تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعا فكذا ههنا الا انه

شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مستحق عند العقد فكذلك المفاوضة قوله لان العبرة
بالمعنى دون اللفظ لو جعل الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله ولا تنعقد الشركة
الى قوله لتحقق التساوي في كونهما ذميين قوله ولا يجوز اي المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر واعترض على قوله لانه
انه لا يتساوى في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي
يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي
لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت بينهما كما قال ابو يوسف رحمه الله واجيب
بان عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لا يعتبر لانه من يحل الموقوذة ما لا يستحق ما لا يفصل
بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة واما مواجرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد
من الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه او بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيح يستوجب بها
الاجر وان كان لا يحل ذبيحته واما مسئلة الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان
متروك التسمية عامدا ليس بالمتقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فيتحقق
المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله ولا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة
وهما ليسا من اهل ذلك وكذلك المكاتبان قوله اذ هو اي العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعني قد يكون عاما
في انواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان
كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اي وتنعقد شركة المفاوضة
على الوكالة كعامة الشركات لتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى
معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر واليه اشار بقوله ليتحقق المساواة فيما هو من موجبات
التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله لان مقتضى العقد تحصيل المستفاد منه وهو قوله يكون على الشركة وقوله
لما بينا اشارة الى هذا التعليل قوله والمبايع اي ومبايع الطعام والكسوة قوله فما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء
والاستئجار اما صورة البيع والشراء فظاهرة واما صورة الاستئجار فهي ان يستأجر احد المتفاوضين اجيرا
في تجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللموجر ان يأخذ بالاجرة ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل
واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجر لحاجة نفسه او استأجر ابلا الى مكة للحج اي عليها
فللمكاري ان يأخذ ايهما شاء الا ان شريكه اذا ادى من خالص ماله يرجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان
ادى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى واما في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذي استأجره لانه
هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش معلوم واستحلفه فحلف ثم
اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد كفيل عن صاحبه فيما هو من سبب التجارة
واما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة او بمعاينة السبب لم يكن على
الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا
ادعاه على احدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة
ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها

ببين صورة عنه وقوله ولو كفل احدهما ظاهر قوله ولو صدر يعني عقد الكفالة وانما قيدنا بالمرض لان المريض لو
اقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وفي حال
البقاء الكفالة معاوضة وقوله فيما ينظر الى البقاء يتضمنه المعاوضة معنى وحاصلنا هيهنا الى البقاء اذ المطالبة
يتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلما لزم المال على الشريك الكفيل لزم على الآخر وهذا حالة البقاء بخلاف الصبي ونحوه
لان كلامنا تم في الابتداء بانه هل يلزمه اولا فاعتبرنا جهة التبرع فيه فلم يعتبر هيهنا لان الابتداء غير محتاج اليه
ولا كذلك هيهنا لصحة الابتداء لكون الضامن من اهل الضمان دون الصبي قوله لم يصح منه ذكره يريد به الصبي و
المأذون القن واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح فيه روايتان قال في المبسوط ان اقرض احد المتفاوضين
يلزم شريكه عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع وقوله ولو سلم فهو اعارة اي لو سلمنا
ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان
معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما ياخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين او
لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية قوله لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائزة ولكن لا
يلزم المعنى على ذلك التأجيل وقوله فلو كانت الكفالة بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره قوله في الصحيح
الى في ما ذهب اليه عامة المشايخ في شروح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بامره او بغير امره الاطلاق
جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما واجاب عن
اطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه ح يكون معاوضة انتهاء
والا فهو تبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح يعني
في انه يلزم شريكه وعند محمد رح ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي يوسف رح
في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وقد علم تخريج المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف
في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح بان محمدا مع ابي حنيفة رح فيما اتفق في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك
فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه ابي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب
بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان تجارة لانه بدل كما
يحتمل الشركة فانه يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك وظاهر ملكه المغصوب والمستهلك بالضمان ولذلك يصح
اقرار المأذون به ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما
صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء وقوله وان ورث احدهما مالا بالتنوين اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم
والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكره في الكتاب قوله فان المساواة ليست بشرط فيه اي في العنان
ابتداء وكل ما ليس بشرط فيه ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان احد
الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتأمل في كلام المص تأمل يعلم بالتحقيق
سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء وذلك لانه فرقنا كل ما هو عقد
حتى انها لا تبقى بموت احد العاقدين ثم كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو ان يكون لدوامه حكم الابتداء
لانا فرقنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء ونعم هذه المقدمة الى قولنا ونحن
فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء واما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا

لدوامه حكم الابتداء بدليل لا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها اي ان ورث احدهما عرضا فهو لا يفسد
المفاوضة لما ذكره في الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع ابتداءه فكذا لا يفسد بقاءه

فصل

لما كان البحث عما ينعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدة وقال ولا تنعقد الشركة اي شركة
المفاوضة لان الكلام فيها اذ ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيدنا بها لانا اذا ذكرنا فيها المال لان ذكر
المال ليس بحتم فيها لان المفاوضة يجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح خلا ان في ذكر خلاف
مالك نظر لما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول
بما صح ابو حنيفة رح في المزارعة ثم قوله لانها عقدت معنى الشركة بالعروض والمكيل والموزون تقتضي جوازه وان كان
الجنس مختلفا ولم يقل به قوله بخلاف المضاربة معنى ان المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس يأبى جوازها
لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح ربح ما لم يضمن فلا يستحقه رب
المال لانه لم يعمل فيه فكذلك الربح فلا يصح الا بنص ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من
الشريكين يعمل فيه فكان المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في ماله من غير شركة فيصح
ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع احدهما رأس ماله بعد
قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في بيع احدهما فيأخذ الذي باع
بالمثل قيمته من ربح صاحبه فيكون ذلك المال ربح ما لم يضمن وهو ملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن
كل واحد منهما براس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلا كان
واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما مضمونة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله وتفاضل الثمنان
اي فضل احدهما على الآخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا فمحال وقوله ولان اول التصرف في العروض دليل آخر وقد
ذكره في النهاية على وجه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وذلك لانه قال لان معنى الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا يجوز الوكالة
بتلك الصفة لا يجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم
يضمن واما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما ضمن قالوا هذا اي جواز
الشركة بالفلوس النافقة قول محمد وقيد باعتبارهما ليظهر ثمرة الخلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس بعينه لا يجوز
بالاجماع المركب اما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد واما عند محمد فلوجهها ولحقيقة الثمنية واما اذا كانت
باعيانها فعندهما يجوز وعند محمد رح لا يجوز وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وقوله والاول
يعني كون ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا
في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين
في الفلوس عندهما كان الفلوس بحكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يصح
المضاربة بها اي بالفلوس النافقة قال ولا يجوز فيما سوى ذلك كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري
تصلح رأس المال فيهما اي في الشركة والمضاربة قوله وهذا الحرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لانها
اي الذهب والفضة وقوله الا ان الاول يعني رواية الجامع الصغير اصح وجعل في كتاب المبسوط ظاهر الرواية وقوله
ولان مثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فح تجوز الشركة بها كذا قيل والاولى ان يجعل
استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان السياق قوله ولا خلاف فيه اي في عدم جواز الشركة

بالكيل والوزن وقبل الخلط فيما بيناه وان خلطا ثم اشتركا فكذلك الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في
المالين واشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف رحمه الله لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد
رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا فظاهر الرواية ما قال ابو يوسف رحمه الله لانه اي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب
يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله وهو ظاهر وشرط جواز الشركة ان لا يكون راس المال مما يتعين بالتعيين لئلا
يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد رحمه الله انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في
الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين يعني الخلط وعدمه فلشبهها
بالمبيع قلنا لا يجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا يجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها
يضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لانه بالخلط يثبت شركة الملك فيتأكد به شركة العقد
لا محالة بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد
الشركة بها بالاتفاق ومحمد رحمه الله يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه
يضمن مثله فيمكن تحصيل راس المال لكل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فلا تؤول الى الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم
فان من اتلفه يضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم يصح الشركة
فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء اي قضاء الجامع الصغير واما في هذا الكتاب فقد بيناه في كتاب الوديعة والدليل
على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال
سنبينه والذي بيناه هناك في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع
حق المالك الى الضمان **قال** واذا اراد الشركة لما كان جواز عقد الشركة مختصا في الدراهم والدنانير والفلوس
النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال واذا اراد الشركة
بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف
مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا
قال المص رحمه الله وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة واستشكل الشارحون بانه لو كان المراد
بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح راس مال الشركة اذا لم يبع احدهما نصف عرضه
بنصف الآخر اما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة شركة ملك حتى يصح قوله وهذه
شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انها شركة
ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون راس المال عروضا ويتم كلام المص رحمه الله لا فيما عداه وانا اذكر ما ذكره
شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل معقد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة
بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن كما بينا والثاني جهالة راس المال فاذا باع احدهما نصف عرضه بنصف
عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي
والذي يقرر من اصحابنا انه في لان راس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان
الربح الحاصل من المالين ربح المضمون عليهما فيجوز وهذا لو باع احدهما نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا الشركة فيهما
او معا وحضر يجوز لزوال الجهالة بصيرورة العروض مشتركا بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد يجوز كما في المكيل والموزون
بعد الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف رحمه الله لا يجوز الا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد

توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو
اقرب الى الفقه لبقاء جهالة راس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة
لانهما من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت
نصفين بينهما فيكون ذلك راس المال ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز عليه ايراد العقد
كبيع الشرب تبعا للارض ثم المص رحمه الله اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك معنى لا ما ذكره
القدوري انه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح راس المال للشركة ونظيره ما ذكره
القدوري ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة ثم عدل المص بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر
كثيرة **قوله** يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عروض احدهما اربعمائة درهم مثلا وقيمة
عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون
الربح بينهما على قدر راس مالهما **قال** واما شركة العنان بالعطف على قوله في اول كتاب الشركة فاما شركة
المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه عن عرض في هذا العقد اي على العموم على الوكالة والكفالة وقيل
انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك ههنا شارك
في بعض ماله وتفرد بالباقي وكلامه ظاهر قوله كما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه
الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال
ويتفاضلا في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في راس المال
عند علمائنا الثلثة ويكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل احدهما دون الآخر واما اذا شرطا العمل على احدهما فان شرطا
الربح بينهما على قدر راس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح
للعامل اكثر من راس ماله جاز ايضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع اكثر من راس
ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر راس مالهما
ابدا وهو قول زفر والشافعي رحمه الله **قوله** ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا العاقدان والوضيعة على قدر المال
رواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه **قوله** من غير فصل يعني بين التفاضل والتساوي **قوله** كما في المضاربة
اعترض عليه بانه اذا الحقتم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كانه قال اعمل في مالك والربح لك واعمل في مالي
بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما واجيب بانه
ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها من وجه وما اشبه الشيء من وجه لا يلزم ان يأخذ حكمه
من كل وجه **قوله** بخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة
الى قرض او بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز
ان يخرج منهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما
يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة
وهي جائزة مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ما لم يضمن
وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما **قال** ويجوز ان يعقدها كل واحد الخ يجوز ان يعقد شركة
العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اي في هذا العقد اذ اللفظ

ای لفظ العنان لا یقتضیه ای لا یقتضی المساواة بتاً وبل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة وقوله الوجه الذی ذکرنا
یعنی ذکره فی اول هذا الفصل انه یؤدی الی ربح ما لم یضمن وقوله ویجوز ان یشترکا ظاهر قوله فان کان لا یعرف ذلک
الا بقوله یعنی اذا لم یعرف انه ادی الثمن من مال نفسه او من مال الشرکة الا بقوله فعلیه اقامة البینة فان عجز عن ذلک
فالقول لصاحبه مع یمینه قوله فاذا هلک مال الشرکة ظاهر وقید الوکالة بالمفردة احترازاً عن الوکالة الثابتة فی
ضمن عقد الشرکة وفی ضمن عقد الرهن فانهما تبطل ببطلان ما یضمنها من الشرکة والرهن لان المتضمن یبطل
ببطلان المتضمن تبعاً واما الوکالة المفردة کمن وکل رجلا بشراء عبد ودفع الیه دراهم فهلکت فانها لا تبطل
واما المضاربة فقال فخر الاسلام فی شرح الزیادات بخلاف المضاربة والشرکة فانها تتعین حتی اذا هلکت
قبل التسلیم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذکر المص من انها تتعین فیها بالقبض ولعل فی المسئلة روایتین
وقوله لانه ما رضی بشرکة صاحبه فی ماله تشریک الذی لم یهلک لانه ما رضی بشرکة صاحبه الذی هلک ماله الا علی تقدیر
بقاء ماله لیشرکه فی ماله کما یشرکه هو فی ماله وهنا قوله وانهما هلک هلک من مال صاحبه ظاهر وقوله ثم الشرکة شرکة
عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زیاد فایدة تظهر فی جواز بیع الکل فعند محمد ایهما باعه جاز بیعه لان الشرکة قد
تمت فی المشتری فلا ینتقض بهلاک المال بعد تمامها کما لو کان الهلاک بعد الشراء بالمالین جمیعاً وعند الحسن بن
زیاد لا ینفذ بیع احدهما الا فی حصته لان شرکة العقد قد بطلت بهلاک المال کما لو هلکت قبل الشراء ای بالمال الاخر
وانما بقی ما هو حکم الشراء وهو الملک وکانت شرکتهما فی المتاع شرکة ملک قوله وقد بیناه اشارة الی قوله معناه
اذا ادی فی حصة نفسه الخ قوله اما اذا هلک مال احدهما ثم اشتری الاخر واضح وقوله لما بیناه اشارة الی قوله لانه
وکیل من جهته وقوله وانه یخلطا ای الشرکة فی الاصل علیها وبل الاشتراک قوله وهذا اشارة الی قوله لان الربح
فرع المال یعنی وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل ای محل الشرکة هو المال ولهذا یضاف الیه یقال شرکة عقد
المال ویشترط تعیین راس المال وما اعتبر التعیین الا لیکون الشرکة فی الربح مستندة الی المال بخلاف المضاربة
فانها تصح بدون خلط لانها لیست بشرکة وانما هو عامل لرب المال فیستحق الربح عمالة علی عمله وقوله وهذا اصل
اشارة الی قوله لان الربح فرع المال حتی یعتبر اتحاد الجنس یعنی بناء علی اصلهما ذلک فانه اذا کان اصلهما دراهم
والاخر دنانیر ینعقد الشرکة بینهما صحیحة عندنا خلافا لزفر والشافعی وکذلک ان کان راس مال احدهما بیضاً والاخر
سوداً ولا یجوز شرکة التقبل ای علی قول زفر والشافعی لانعدام المال ولنا ان الشرکة فی الربح مستندة الی العقد دون
المال والکل هو مستند الیه هو الاصل اما انها مستندة الی العقد فلان العقد یسمی شرکة لا المال فلابد من تحقیق معنی
الاسم فیه واما ان کل ما هو مستند الیه فهو الاصل ولان المراد بالمستند الیه هو ان یکون غیره مبنیا علیه وذلک حال الاصل
وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح فی الحقیقة یحصل من التصرف والتصرف یحصل من العقد لان کل واحد منهما یتصرف
فی الکل فی بعضه بطریق الاصالة وفی بعضه بطریق الوکالة فکان العقد علة العلة وجاز ان یضاف الحکم الی علة العلة
کما جاز ان یضاف الی العلة واذا کان الاصل هو العقد وهو موجود ثبت الحکم فی الفرع وهو الربح وان لم یخلط
المالان والدلیل الثانی وهو قوله ولان الدراهم والدنانیر لا یتعینان کما شرح للدلیل الاول فان قیل لو کان العقد
هو الاصل دون المال لما بطلت الشرکة بهلاک المال قبل ان یشتری بهما شیئا لان هلاک المال لا ینافی العقد اذ ذاک بمنزلة
کون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا یبالی بعد ذلک ببقائه اجیب بان بقاء الاصل شرط لوجود
الفرع والاصل قد انتفی بانتفاء شرطه وهو المحل فکذلک الفرع واعترض ایضا بان المال لو اذا لم یختلطا بقی متمیزا

ولا شرکة مع التمیز کما فی العروض واجیب بان علة فساد الشرکة فی العروض لیست التمیز بل هی ما ذکرنا من الافضاء
الی ربح ما لم یضمن وقوله وصار کالمضاربة یعنی لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال کان الربح مستحقا بالعقد دون
المال کما فی المضاربة فانه لیس هناک خلط المالین والربح مشترک بسبب العقد واذا بطل ذلک الاصل بطل الفرع المبنیة
علیه فلا یشترط اتحاد الجنس والتساوی فی الربح ویصح شرکة التقبل وقوله ولا یجوز الشرکة واضح وقوله وتنقطع فی الشرکة
یعنی اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة کانت فاسدة لان الشرکة تنقطع وهو شرط المراد ان یکون الخارج بینهما
شائعا قال ولکل واحد من المتفاوضین هذا بیان ما یجوز للشریکین شرکة مفاوضة او عنان ان یفعل وما
لا یفعل یجوز له ان یبضع لانه معتاد فی عقد الشرکة والمعتاد جاز العمل به ولان له ان یستاجر علی العمل لتحصیل الربح
بلا خلاف وکل من جاز له ان یستاجر لتحصیل الربح جاز له ان یبضع لان الاستیجار تحصیل بعوض والابضاع بدونه
فکان الاستیجار اعلی ومن ملک الاعلی ملک الادنی وان یودع المال لانه معتاد ولا یجد التاجر منه بدا وان یدفع مضاربة
لانها دون الشرکة الا یری انه لیس علی المضارب شیء من الوضیعة فان المضاربة لو فسدت لم یکن للمضارب شیء من الربح
فیکون حمل المضاربة مستفادا بعقد الشرکة لانها دون الشرکة فیتضمنها الشرکة هذا ظاهر الروایة وعن ابی حنیفة
انه لیس له ذلک لانه ای عقد المضاربة نوع شرکة لانه ایجاب الشرکة للمضارب فی الربح فیکون بمنزلة عقد الشرکة ولیس
لاحد الشریکین ان یشارک بمال الشرکة فکذا لا یدفع مضاربة والاول ای جواز الدفع مضاربة اصح وهو قوله لان
الشرکة غیر مقصودة یعنی فی المضاربة غیر مقصودة وانما المقصود تحصیل الربح وهو ثابت بالمضاربة فیملکه احد الشریکین کما لو
استاجر اجیرا بالعمل فانه یجوز قولا واحدا وهذا اولی لانه یحصل بدون ضمان فی ذمته فان المضارب اذا عمل ولم یحصل
الربح لا یجب علی رب المال شیء بخلاف الاجارة فان الاجیر اذا عمل فی التجارة ولم یحصل شیء من الربح یکون المستاجر ضامنا
الاجرة بخلاف الشرکة حیث لا یملکها لان الشیء لا یستتبع مثله فان قیل هذا منقوض بالمکاتب فانه جاز ان یکاتب
عبده والعبد الماذون له جاز ان یاذن لعبده فالجواب ان ذلک لیس من قبیل الاستتباع فان کل واحد منهما
اطلقه فی الکسب واسبابه وهو من اسباب الکسب المطلقة لهما لا انه من المستتبعات وان یوکل من یتصرف فیه وهو ظاهر واعترض
بان الحکم الثابت مقصودا اعلی حالا من الحکم الثابت فی ضمن شیء اخر لا محالة والوکیل الذی کان التوکیل مقصوداً لیس له ان یوکل
غیره فالوکیل الذی یثبت وکالته فی ضمن الشرکة کیف جاز توکیل غیره واجیب بذلک الجواب المشهور وهو قولهم کم من
شیء یثبت ضمنا ولا یثبت قصدا فالشبهة وجه القیاس فی هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان وقوله لا علی وجه البدل
احترازا عن المقبوض علی سوم الشراء لان المقبوض علی سوم الشراء مقبوض لاجل ان یدفع الثمن قوله والوثیقة احترازا عن الرهن
فان المرهون مقبوض من اجل الوثیقة قال واما شرکة الصنائع کلامه ظاهر وقوله لا یفید مقصوده ای مقصود
الشریکین وهو التمیز ظاهر وفی بعض النسخ لا یفید مقصودها اضافة المقصود الی الشرکة وان کان المقصود للشریکین
ادنی ملابسة وهو تقبل الشریکین بعقد الشرکة قوله ولا یشترط فیه ای فی هذا العقد اتحاد العمل والمکان خلافا لزفر
قالا ان اتفقت الاعمال کالقصابین اشترکا او صباغین جاز وان اختلفت کصباغ وقصار اشترکا لا یجوز لان کل واحد
منهما عاجز عن العمل الذی یتقبله صاحبه فان ذلک لیس من صنعته فلا یتحقق ما هو مقصود الشرکة ولنا ان المعنی المجوز
للشرکة وهو ما ذکرناه ان المقصود منه التحصیل وهو ممکن بالتوکیل لا یتفاوت باتحاد العمل والمکان او اختلافهما
اما الاول فلان التوکیل بتقبل العمل صحیح ممن یحسن مباشرة ذلک العمل وممن لا یحسن لانه لا یتعین علی المتقبل اقامة العمل
بنفسه بل له ان یقیم باعوانه واجرائه وکل واحد منهما غیر عاجز عن ذلک فکان العقد صحیحا واما الثانی فلان احد الشریکین

لو عمل فيه وكان ذا الآخر في مكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المبنية على اصل زفر والشافعي
رحمهما الله في مسئلة الخلط ان شركة التقبل لا تجوز فكيف نفع قوله ذهب مع مالك رحمهما الله في جوازها اذا كانت الاعمال
متفقة اجيب بان لزفر في هذه المسئلة اعني الخلط قولين فذكر المص هناك في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها
خلط المال وذكر هنا حكم الرواية التي لا يشترط ولكن اطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا
قوله ولو شرطا العمل نصفين اي اذا شرطا في شركة التقبل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا
جاز استحسانا والقياس ان لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد
لتأديته الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه فان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما على السواء
واما اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت في الربح في شركة الوجوه ايضا قوله ولكنا نقول بيانه
وجه الاستحسان ما ياخذ كل من الشريكين ليس ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو اشترى
دارا بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لان الربح لا يستحق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن
فيه مختلف لان راس المال العمل والربح مال فكان ما ياخذ بدل العمل والعمل متقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين
كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يجر لانه يتأدى الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس
المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق قوله وربح ما لم يضمن
تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها لو قوم بمقابلة
العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح
موجودا فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ظاهر قوله
ويبرأ الدافع بالدفع اليه اي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قيل ويجوز ان يكون معناه ويبرأ الدافع
من كل من الشريكين بالدفع اليه اي الى صاحب الثوب مثلا لو اخذ احد الشريكين ثوبا للتصبيغ ثم دفع الآخر الثوب
مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان قوله وهذا اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر في
المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان اي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة
وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى يثبت وان لم يذكر وانما هي من مقتضى المفاوضة فلا
يثبت فيها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا يرى ان ما
يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر وطالبا اي ولكون العمل مضمونا على الآخر يستحق الاجر بسبب نفاذ
تقبله اي تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد
مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل وفي وجه الاستحسان نظر لانه مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد
بجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين
من ثمن اشنان او صابون او اجرة اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة لان التنصيص
على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان
وهي ان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما اي بوجاهتهما وامانتهما عند الناس صحيحة عندنا على هذا اي
كونهما يشتريان بوجوههما سميت شركة الوجوه لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما يصح مفاوضة لان
كان الرجلان من اهل الكفالة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال اي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشتري على كل

واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه كما تقدم واذا اطلقت
كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي اي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي بناء على
من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لا تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة في
الربح مستندة الى العقد الى آخره قوله ولا يجوز ان يتفاضلا فيه اي في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح
بينهما على قدر ضمانهما قوله وهذا اشارة الى تحتم المساواة في اشتراط الربح قوله بالضعف قيد اتفاقي فانه يجوز ان يتفق
باقل من الضعف ولا يستحق ما سواها فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه وشأنه ثابته وتدبيره في
الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة اجيب بان اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في الحل
كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هاهنا قوله الا يرى توضيح لقوله ولا يستحق ما سواها قوله واستحقاق الربح في شركة
الوجوه عود الى المبحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل قوله
على ما بينا قيل هو اشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو
اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال المتفق الى آخره وتقرير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان
والضمان على قدر الملك في المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها
لا لكونها من وجود مقابلة بالمال والعمل والوجوه اي شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من
الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث
ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان
لشبهه بالمضاربة بجامع الشركة بالعروض في العنان لان العنان شبيه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح ما لم يضمن موجودة
لكن لا يجوز ذلك لما تقدم انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن والجواب ان العنان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح ما لم يضمن
فقط لاغتفرناه لكن انضم الى ذلك جهالة راس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اغتفاره حتى يلحق بها
وهذا الجواب يرجع الى تخصيص العلة فاما ان يلتزم مساغه او يصار الى المخلص المعلوم في الاصول

فصل في الشركة الفاسدة

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح قوله لان امر الموكل به غير
صحيح والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل
بالتوكيل به وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لكونه صادرا في غير محل ولايته وتقرير الثاني التوكيل باخذ المباح باطل
لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن يملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف
فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره لئلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثاني
بالتوكيل بشراء عبد بغير معين فان الوكيل يملكه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صح ان يكون
نائبا عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه بلا عقد وصورة النقض ليست كذلك فانه لا
يملكه بالشراء قوله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رح وعند ابي يوسف رح لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في المبسوط
اي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم ذكر محمد على ابي يوسف في الكتاب وكذا تقديم دليل ابي يوسف على دليل محمد في
المبسوط دليل على انهم اختاروا قول محمد وجه قول ابي يوسف رح انه رضي بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا في الحال
لانه يعلم في المآل فكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضة ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع
وقد فسد العقد كان راضيا بنصف من المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبته

الزيادة ووجه قوله بجهالة انه لا يمكن تقديره اى تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدرى اى نوع من الحطب يصيبان واى قدر منه يجمعان ولا يدريان ايضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة او لا يجدان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين يعنى بنصف المسمى من الحطب او غيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فهنا اولى لانهما اصابا قوله فاذا انهما ولا حدهما بغل وللاخر راوية الراوية فى الاصل بعير السقا لانه يروى الماء اى يحمله ثم كثر حتى استعملت فى المزادة وهى المراد ههنا قال ابو عبيدة المزادة لا تكون الا من جلدين تقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد قوله لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العقد اذا لم يصلح لاضافة الحكم اليه يضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعا اى نماء لانها زيادة قوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره فى باب احكام المرتدين فى قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله ولنا ان باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات فى حق احكام الاسلام الى آخره قوله لانه اى الموت عزل حكمى يكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته قوله واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل الى واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة تثبت فى ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع واجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا يصح الشركة بدون الوكالة اشار المصنف الى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها اى الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه قوله لان الفسخ من القصدى فيتوقف على العلم به

فصل

لما كانت احكام هذا الفصل ابعد من مسائل الشركة من حيث انها ليست من مسائل التجارة اخرها فى فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح سوى ما نذكره قوله اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه يعنى عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعنى لان بعض الدين على يد الوكيل لا لدفع الضرر اى بقاء الواجب فى ذمته قوله لانه عزل حكمى اعترض عليه بانه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فانه يعلم باداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لا يضمن شيئا وقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع انه حصل العزل الحكمى هناك ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مامور بان يجعل المؤدى مضمونا على القابض بما هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما فوضح الفرق ان هناك لو لم نوجب الضمان على الوكيل بجهله باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا لو لم نوجب الضمان لادى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا من تضمينه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان فلم يجعل جاهلا عليه ايضا بان زكوة كل واحد تسقط عنه بعد ادائه فيترتب عليه عزل وكيله وما لا يؤدى عنه الوكيل بحكم بسقوط الزكوة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل من الاداء واجيب عنه بانه امر باداء الزكوة عنه فى حال استقرار الزكوة على الامر وعندما يؤدى الموكل عن نفسه الزكوة الحالة حالة زوال الزكوة وسقوطها عنه فلا يوصف فى هذه الحالة انها حالة استقرار الزكوة وكان اداؤه على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما امر به لذلك ضمن قوله واما دم الاحصار جواب عن قولهما ضار كالمامور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان المامور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما ان دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى ان يزول

الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المامور فعرى فعل المامور عن المقصود بخلاف اداء الزكوة فانه واجب فكان اسقاط الواجب امرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود باداء الامر بنفسه فعرى فعل المامور عن المقصود فيضمن قوله واذا اذن احد المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة ونقل عن البدليل ما انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة قوله وهذا بيان لقوله انه ادى دينا عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك وكان الدين عليه خاصة ولابى حنيفة رحمه الله ان الجارية دخلت فى الشركة على البتات واذى المشترى ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل فى الشركة وادى المشترى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه صاحبه بشىء كما لو اشتراها قبل الاذن وادى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشىء وبين دخولها فى الشركة بقوله جريا على مقتضى الشركة اى شركة المفاوضة فان ذلك تقتضى دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة وثمنها وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها الا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطئها اجيب بانه كان يحل وطئها كما يحل اذا وهب نصيبه بعد الشراء بغير اذنه وقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه جواب عن قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان تمام وهم ان يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطئها حلالا وبعد الاذن يحل فازال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطى لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع يعنى لا يمكن ان يقال حل الوطى بناء على انه اشترى جميعها لنفسه لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك فجازت الهبة فى الشائع لان الجارية مما لا ينقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشترى خاصة لان ذلك مستثنى منها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا انها دخلت فى الشركة وفيه بحث من وجهين احدهما ان من قال لغيره اعتق عبدك عنى ولم يذكر المال فعتق لا يصير هبة عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله والعتق يقع عن المامور لانتفاء القبض الذى هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثانى ان الملك يثبت فى نصيب الشريك بالهبة حكما للاذن بالوطى والملك لا يثبت فى الجارية بالجهة حكما للاحلال فان من قال لغيره احللت لك وطى هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال واجيب عن الاول بان ذلك انما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذى هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبض لنفسه وعن الثانى ان المصنف اشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز ان يثبت الشىء ضمنا ولا يثبت قصدا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هى ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل المال وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفتها انا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا واوقفتها لغة رديئة وعرفه شمس الائمة السرخسى بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف حرا بالغا وكون المحل غير منقول او كونه ارضا جعل صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف اى الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله فى ملك الموقوف عليه وكلامه واضح وما عرفه به ابو حنيفة رحمه الله يقتضى ان لا يصح الوقف لانه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله وهو راجع الى قوله فلا يجوز الوقف اصلا هو الملفوظ فى الاصل يعنى المبسوط ولكنه فقد بالمعنى لا بعين اللفظ فان لفظ المبسوط فاما ابو حنيفة وكان لا يجيز ذلك ثم قال فراده انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده

عافاك

كالعارية تصرف المنفعة الى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم
الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول اوصيت بغلة داري فح يلزم
وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود المنفعة الى العباد فيلزم
لا يباع ولا يورث وقوله واللفظ اى لفظ الوقف ينتظمهما اى يتناولهما فاذا ابو حنيفة رح هو حبس العين على ملك الواقف
وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليلهما
بقوله ولهما قول النبي عليه السلام لعمر رض روى صخر بن جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب رض كانت له ارض تدعى ثمغ
وكانت نخلا نفيسا فقال عمر يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس افاتصدق به فقال تصدق باصله
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رض في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين
وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يؤكل صديقا غير متمول فيه وهذه
الارض كانت سهم عمر رض بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين اصحابه وثمغ بفتح الثاء وفي بعض النسخ
الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة قوله ولانه نظير المسجد وهو المسجد لازم اتفاقا استبعادا ان يخرج عن ملك
الواقف ولا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو احتياج لذلك البقعة عن الملك من غير ان
يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف ولابي حنيفة رح قوله صلى الله عليه وسلم
لا حبس عن فرائض الله اى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه
اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي ويقولون الشرع ابطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة في موضع
النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن المواريث الا ما قام عليه دليل وقوله جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس
يدل على ان لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك قوله كالسائبة السائبة هي الناقة
التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه ان الوقف
بمنزلة تسييب اهل الجاهلية من حيث ان العين لا يخرج من ان يكون مملوكا له منتفعا بها فان تلك السائبة دابته لم يخرج
من ملكه فكذلك اذا وقف ارضا او داره قوله بخلاف الاعتاق جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير
مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لاحد قوله وبخلاف المسجد جواب عن قياسهم
الوقف على المسجد وقوله قال في الكتاب يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او تعلقه
بموته صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان الى
القاضي فيقضي القاضي بلزومه قوله فالصحيح انه لا يزول ملكه يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي حنيفة في زوال
الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج عن الملك
وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولانه تصدق بالغلة
دائما ولا يمكن التصدق بها كذا الا اذا بقي اصل الموقوف عليه على ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية
بالمنافع مؤبدا فيلزم قوله فالمراد بالحاكم المولى اى الذي ولاه الخليفة على القضاء واما الحكم وهو الذي فوض اليه
الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين فيه اختلاف المشايخ قال في كتاب الاقضية من خلاصة الفتاوى ولو حكم
الحكم في بيع المضافة وسائر المجتهدات فالاصح انه ينفذ لكن لا يفتى به قوله قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد
الموت يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب ابي حنيفة رح بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره

وقد روى محمد عن ابي حنيفة ان ذلك لا يجوز في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على قوله وقال الحسن الصحيح
انه لا يلزم عند ابي حنيفة رح لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث
كالعارية وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال قوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ
حكمه اى يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله وان كان لا يثبت التمليك من الله قصدا فيأخذ التمليك
من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض قوله فينزل منزلة الزكوة والصدقة يعني يتنزل التمليك
من الله في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكوة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم
الى الفقير قال واذا صح الوقف على اختلافهم اى اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من انه يصح عندهما
ولا يصح عند ابي حنيفة على ما هو الملفوظ في الاصل والاصح انه يصح عند الكل خرج من ملك الواقف يعني على قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له اخراجه عن ملكه كسائر الاملاك ولما انتقل الى
غيره بعد موته بشرط الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق قوله يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره من
عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول ابي حنيفة
رح يعني في زوال الوقف عن ملك الواقف واما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي
جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرط في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته
الى كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن ذلك
ان ما ذكر في الكتاب هنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا يستلزم اللزوم فكان
القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة رح الا اذا حكم الحاكم فانه ح يكون خروج
الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا ان الصحة هنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند
ابي حنيفة رح لان الوقف عنده معروف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع من الخروج لا
محالة ومن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه الا ترى ان القربان يخرج الى
الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز ان يكون امر
الوقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير بالكتابة مالكا لمنافعه فلا يجعل فيه تصرف غيره واما المسجد والاصل الكعبة والمسجد الحرام
وفيه سواء العاكف والبادي فعلمنا ان الله تعالى لم يحول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحق بالمسجد الحرام
والكعبة قوله لان القسمة من تمام القبض بيانه ان القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة قوله ووقف
المشاع جائز عند ابي يوسف رح لا خلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل
القبض شرط اولا فعند ابي يوسف رح ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد رح شرط فكذا تمامه واما فيما لا يقسم فتجوز ايضا
بجوازه ويعتبره بالهبة والصدقة المنفذة اى الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهي احتراز عن الصدقة الموقوفة
وهي المختلف فيه قوله الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رح فانه لا يتم
مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على
تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو
حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فلان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ومنا بعوضه ثلاثة فزمنا المسكن
لنا اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فينبغي ان يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيهما في غاية القبح لان ما ذكره

في الكتاب وهو ظاهر قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يتم الوقف عند ابي حنيفة رح
حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل ان يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين جميعا وجدة لما مر وقال ابو يوسف رح
اذا سمى جهة ينقطع مثل ان يقف على اولاده او على امهات اولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما
ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التمليك فانه يتأبد
كالعتق فموجب الوقف يتأبد واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه اي على الوقف مقتضاه ولهذا كان
التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع فيه اشارة الى ان كلام المص متناقض على قول ابي حنيفة رح لانه ذكر في
اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف وكان من موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال
هنا موجبه زوال الملك واجيب بان هذا قول محمد وروايته عن ابي حنيفة والمذكور في اول الكتاب هو قول
ابي حنيفة في رواية اخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل اراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه
فخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا اوفق واقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المص يجب ان
يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولابي يوسف رح ان المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر
عليه فيما اذا جعل على جهة تنقطع لان التقرب تارة في الصرف الى جهة تنقطع واخرى الى جهة يتأبد فيصح في الوجهين
وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا ولقائل ان يقول هذا
التعليل غير مطابق لما ذكر عن ابي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على ان التأبيد شرط
والجواب ان المروي عن ابي يوسف امران احدهما انه لا يشترط التأبيد اصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط
ذكره بالمسئلة والمص اشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل
ان التأبيد شرط بالاجماع الى آخره وفي كلامه تعقيد لا محالة قوله وهذا على الارسال اي ذكر القدوري من قوله
ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غيره تعاملوا فيه او لا قول ابي حنيفة رح والاكرة
جمع اكار وهو الزراع كالتجار جمع تاجر اي فدانيا قوله والبناء في الوقف اي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كو
الخانات والرباطات قوله فما جرى التعامل فيه من المنقول يعني من غير ان يجعل تبعا لشيء مثل الفاس والقدوم والمر
عنده اي عند محمد رح فلان يجوز الوقف اي وقف المنقول فيها اولى والمراد بالكراع ههنا الخيل لمناسبة ذكر السلاح
قوله لما بينا من قبل يعني من ان التأبيد شرط والتأبيد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس قوله الحاقها
بالمصاحف يعني ان وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوى قاضي خان اختلف المشايخ في وقف الكتب جوزه
الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى قوله وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله احترازا عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع
الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بها مع بقاء اصلها في ملكه قوله ويجوز بيعه احترازا عن
حمل الناقة والجارية فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده ايضا ولنا ان الوقف في المنقول لا يتأبد وهو ظاهر وما لا
يتأبد لا يجوز وقفه لان العقار والجارية التأبيد لا بد منه على ما بينا وصار كالمنقولات كالدراهم والدنانير
قوله بخلاف العقار جواب عن اعتباره بالعقار قوله ولا معارض من حيث السمع جواب عن قوله ولهذا شبه الكراع والسلاح
ووجهه ان الاصل ان لا يجوز وقف الكراع والسلاح ايضا كالدراهم الا انا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع
قوله ولا من حيث التعامل جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث الشرع وهو ليس بموجود
في المر والقدوم وغيرهما فليكن صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه ان ما عارضه من حيث التعامل ليس بموجود

في صورة النزاع فانه يبقيه والاماء والثياب والبسط واشباهها فبقي على اصل القياس قوله وهذا استحسان على ان
الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما ليس في معناهما وانما لم يذكر التعامل اعتمادا
على شهرة كون التعامل اقوى من القياس فجاز ان يترك به قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه اي اذا لزم الوقف
لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته فقوله الا ان يكون
مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع او متصل لان معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كانه
بيع مشاعا اما امتناع التمليك فلما بينا يعني ما روي من قوله عليه السلام تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب
وما ذكر من المعنى بقوله ولان الحاجة ماسة الى آخره قوله فهو الذي يقاسم اي الواقف هو الذي يقاسم شريكه
لا القاضي قوله خالص صفة عقار اي لو كان له عقار ثمانية اذرع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه نصفه
شائعا وجب ان يكون المقاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم ان يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا فان مقاسم
النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي غير وقف ومالك النصف الذي يطالب وهو الواقف بعينه
المقاسم لنصف الوقف وكان مطالبا ومطالبا وهو لا يجوز فيرفع امره الى القاضي ليقاسمه او يبيع نصيبه الباقي
من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بان كان احد النصيبين اجود
فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة او تراضيا على ذلك فان ادخال الدراهم في القسمة لا يكون الا
لضرورة او بالتراضي على ما سياتي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى فلا يخلو اما ان يكون الواقف يأخذ
الدراهم او يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان
كان الثاني جاز لانه ح يشتري شيئا بمقابلة الدراهم فينعقد وهو جائز قوله لان الخراج بالضمان هذا لفظ
الحديث وهو من جوامع الكلم ولاحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل منتفع بمقابلة منفعة ومعناه
ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة ايضا عليهم ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر
بهم اي لا يظفر المتولي بهم لعدم تعينهم وحصرهم فاقرب اموالهم الى المتولي هذه الغلة فتجب فيها قوله ولو كان
الوقف على رجل بعينه ظاهر قوله ولا يؤخذ من الغلة يعني جبرا لانه قال هو في ماله اي ماله شاء وهذه الغلة ايضا
من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه قوله ولو كان الوقف على الفقراء يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض
اي لا يصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم يكن في ابتداء الوقف بل يصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك
والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لا زائدا عليه اصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله وان وقف
دارا على سكنى ولده ظاهر قوله فالاول اولى يريد به اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى
والثاني هو ترك العمارة واستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها يفوت السكنى اصلا قوله في حيز التردد بيانه ان
الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال فلما جاء باصلاح القاضي وعمارته
ثم رده اليه قوله ولا يصح اجارة من له السكنى اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك المنافع بعوض
ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر فان له ان يوجر الدار وليس بمالكها اجيب
بانه مالك المنفعة ولهذا اقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له
السكنى ابيحت له المنفعة ولهذا لم يقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز
تمليك غيره قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل ان يكون مجرورا

بالعطف على البناء يعني انهدم فرآه الوقف بان لم يخشب الوقف وفسد ويحتمل ان يكون مرفوعا بالعطف على الموصول لو غير
المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الالة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكر بكسر النون لا غير
ولا يجوز على قياس قول محمد بناء على ان التسليم الى المتولي عنده شرط ولم يوجد قال الصدر الشهيد الغزي على قول ابي يوسف
فانه لو شرط بعض الغلة او كلها في حال الحيوة جاز فلامهات اولاده اولى واما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز ان يشترط
ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاده في حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من
تصحيح هذا الشرط منه لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حيوته ايضا تبعا لما بعد
الوفاة وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حيوته اي اشتراطه صرف غلة الوقف لامهات اولاده
ومدبريه وذكر الضمير تغليبا للمدبرين على امهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراطه صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف
جائز بدون واسطة عند ابي يوسف رح فكذا يجوز اشتراطه صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراطه صرف الغلة الى
امهات اولاده ومدبريه ووجه قول محمد رح ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه اي بطريق في التقرب
الى الله تعالى فاشتراط الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة فانه لا
يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه له وبشرط بعض نفقة المسجد لنفسه فقوله وبشرط
بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه ان جعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا عن الجواز في الكل فكذا اذا
جعل بعض الغلة لنفسه وقوله ولابي يوسف رح ما روي ان النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته ذكر الحديث شيخ
الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته قوله على ما
بيناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا بقوله
لهما ان موجب الوقف زوال الملك دون التمليك والى قوله ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان
الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك جاز عند
ابي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر
في المنع من زوال الوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التابيد في اصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال
شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به او شرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل
واتخاذ المسجد صحيح وهذا اشد ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والخيار عند ابي يوسف
بناء على توسعه كما مر وعند محمد رح الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلثة ايام ليكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة
لا يجوز الوقف على قول ابي يوسف رح ايضا قوله وهذا اي الخلاف بناء على ما ذكرنا اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه
جائز عند ابي يوسف رح فانه لما جاز ان يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فكذا يجوز اشتراط الخيار لنفسه
ثلثة ايام ليرى النظر فيه وعند محمد رح لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه ايضا وبهذا البناء صرح في المبسوط
ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رح لم ينقلب الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا
مؤبدا وشرط الخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان كالمسجد قوله واما
فصل الولاية فقد نص فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف رح بقوله واذا جعل
الواقف الى قوله جاز عند ابي يوسف رح وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان
شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على قول ابي يوسف رح لان له

الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية
لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي فلهذا اول بعض مشايخنا وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان
التسليم الى القيم شرط ومعناه اذا سلمه الى المتولي وقد شرط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد
التسليم قال قاضيخان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف فلا يبقى له ولاية
بعد التسليم الا ان يشترط الولاية لنفسه اما على قول ابي يوسف فالتسليم الى المتولي ليس بشرط وكانت الولاية للواقف
وان لم يشترط الولاية لنفسه وقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته استدلال لابي يوسف رح ومن جهة بقوله
ولنا اشارة الى انه المختار وكلام الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح

فصل

فصل احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة لمخالفة احكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد رح ومنع الشيوع عند ابي
يوسف رح وخروجه عن ملك الواقف عند ابي حنيفة رح وان لم يحكم به الحاكم فرق ابو حنيفة رح بين الوقف والمسجد فان
الوقف ما لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان لمالكه ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان
يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكأنه قال حبست
العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى
به او اضافه الى بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فاذا
ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو ازاله بالاعتاق وكلامه واضح قوله وعن محمد رح يشترط الصلوة بالجماعة
وهو رواية عن ابي حنيفة رح ايضا ويشترط مع ذلك ان تكون الصلوة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان
واقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق
لان صلوته على هذا الوصف كالجماعة قوله وقد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق والسرداب معرب سرداب
وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله ظاهر الرواية اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد لا يكون
خالصا لله تعالى قال الله تعالى وان المساجد لله اضاف المساجد الى ذاته تعالى مع ان جميع الاماكن له فاقتضى
ذلك خلوص المساجد له ومع بقاء حق العباد في سفله او في اعلاه لا يتحقق الخلوص قوله وعن ابي يوسف رح انه جوز
في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت وعن محمد رح انه اجاز ذلك كله اي تحته سرداب وفوقه بيت
او مستغل وحوانيت وانما ذكر قول محمد رح بهذا الطريق ولم يقل وعن ابي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منهما
في الحكم سواء لينبه ان لما ذكر لكل واحد منهما من قول مخصوص منه من خصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في
قول محمد قوله لما قلنا يعني من الضرورة قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وسطه بالسكون
لانه اسم مبهم لداخل حصن الدار لا لشيء معين بين طرفي الشيء وكلامه واضح قوله ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص
لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى على بناء المعنى
يبقى مسجدا عند ابي يوسف رح الى ان قال وعند محمد رح يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة
مبنية على ما بينا فان ابا يوسف رح لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء وان ترك
الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك
في الانتهاء واذا ترك الناس الصلوة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي

[Margin] حين وقفه كان له الولاية بعدما سلم الى المتولي
والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير ان واقف
ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له الولاية بعد
الا ان يشترط الولاية لنفسه م

يوسف يريد به انه لما لم ينقل بعوده الى ملك الباني يصير من بلد عند تطاول المدة وعند ابو يوسف ره يا صطبل فعاد
بذا مسجد بمجد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا وكل واحد منهما استبعد
مذهب صاحبه بما اشار اليه استدل ابي يوسف ره بانه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر
بالكعبة فانه في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة
والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في ساير المساجد ومحمد ره يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها
فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغنى عنه الا ان ابو يوسف ره يقول
في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد آخر قوله ومن بنى سقاية او خانا ظاهر قوله بخلاف المسجد يعني ان حكم الحاكم
والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد قوله وذلك بما ذكرنا اي التسليم يحصل بالاستقاء
والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة قوله في هذه
الوجوه اي في السقاية والخان والرباط والمقبرة قوله ويكتفي
بالواحد ظاهر وقوله سكني الحاج جمع الحاج اسم
جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله
تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع
المخافة من فروج البلدان وقيل
رابط الجيش اقام في الثغر
بازاء العدو مرابطة
ورباطا
والله اعلم

الحمد لله الذي احل البيع وحرم الربا والصلوة على محمد افخر فصحاء من العرب العربا وعلى جميع الاصحاب والاولاد والافراد
فان الاستاد المرحوم لما صار معيدا بمدرسة السلطان في محروسة بروسه وانتهت دراسته من كتاب الهداية الى اول البيوع شرع
الدرس في المدرسة المزبورة وابتدا من اول البيع من ذلك الكتاب وعقد مجلسا عاليا مشتملا في جنب المدينة بالدرس العام
وحضر مجلسه الشريف فضلاء المدرسين وغيرهم من سائر الانام من الاعلام فحقق المرحوم وافاد ودقق واجاد وحرر المرحوم
من ذلك البحث رسالة لطيفة ولكن لم تشتهر ولكن لما انتهينا الى ذلك البحث وجدنا هذه الرسالة بين الاوراق بخطه
فحررناها تبركا وتيمنا هذه الرسالة بعينها في اول كتاب البيع بدون رعاية ترتيبنا السابق هربا من تغيير ترتيبه الغائي
فهذا النقش عبارة المرحوم المغفور رحمة الله عليه بلا زيادة ولا قصور كتاب البيوع يعني هذه الكلمات
المخصوصة المعتورة بحروف مجانسها من ههنا الى كتاب الصرف في بيان انواع البيوع عن الصرف اذ عقد ركنا بالعلاوة
وما يتعلق بها من الخيارات وغيرها والبيع في الاصطلاح هو مبادلة المال بالمال على طريق الاكتساب ولا يخفى عليك ان تفسيره
بالمبادلة المذكورة شائع والمراد ما هو مبدؤها اسم فلا يرد النقض الشرعي على ان الباء الداخلة على المال هي باء العوض
والمقابلة والاكتساب هو طلب الربح والمراد من كون المبادلة بطريق الاكتساب ان يكون على طرزه وشكله سواء كان
فيه الاكتساب او لا فخرج به الهبة بشرط العوض والبيع من الجانبين والقرض لانه اعارة ابتداء على ما يجيء في هذا الكتاب
وكتاب الصرف ولا وجه لتفسير الاكتساب بالتجارة فانها على ما ذكره المصنف وغيره في كتاب المأذون هي المبادلة المذكورة فيكون
المعنى البيع هو المبادلة المذكورة على طريق المبادلة ثم ان قيد التراضي اعتبره بعضهم احترازا من بيع المكره مع انه شامل لغيره
من البيوع الفاسدة تأسيا لما وقع في القران المجيد من تقييد التجارة به ونظرا الى ان بيع المكره لم يتعرض له في هذا الكتاب
وانما هو مذكور في كتاب الاكراه وكان سببه الشرعي يقتضي اعتبار شرط التراضي دون غيره واسقطه بعضهم وما هو
المطلوب في التعريف وتقدم ذكر بيع المكره ههنا لا يستدعي اخراجه من التعريف فان الصرف ايضا غير مذكور فيه مع ان التعريف
يشمله وكذلك البيع من الاضداد يطلق على اخراج المبيع من ملكه ببدل وعلى ادخاله فيه به ويتعدى الى المفعول الثاني بلا
واسطة نحو بعت الشيء اياه وبواسطة نحو بعت الشيء منه وجعل خبر البائع مفعولا ثانيا بناء على ان المفعول بلا واسطة متقدم
رتبة على المفعول بواسطة ولهذا يعود الضمير من الثاني الى الاول اذا قدم عليه نحو اخترت من قومه زيدا واخترت قومه
زيدا وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى واحل الله البيع وبقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وبالسنة فانه
صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا وقرر المتبايعين على حالهم والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره
احد من مجتهدي الامة خيرهم وبالمعقول فان تعلق البقاء المقدر للانسان متعلق بتعاطيه وركنه الايجاب والقبول او
ما يقوم مقامهما وشرط انعقاده اما من جهة العاقد فالعقل والعدد الا في المسائل يتولى فيها الواحد طرفي البيع واما من
جهة المحل فكونه مالا متقوما مملوكا مقدور التسليم وحكمه قصدا ووضعا افادة الملك وهو القدرة على التصرف شرعا في المحل
ولا ينتقض تعريف الملك بملك المشتري المبيع قبل قبضه حيث لا يقدر على التصرف فيه ببيعه وبملك الجارية قبل الاستبراء

واستخلاصه بجهة حيث لا يقدر على التصرف فيها بوطئه ونظائرها لان ما ذكر من امثال ذلك التصرف ليس بشرعي ولا يلزم منه
العجز عن التصرف الغير المشروع العجز عن التصرف المشروع فلا حاجة الى قيد آخر لا دراج ما هو اخر وجه الامتي توهم
الا لمانع هذا وتحقيقه اما اولا فلانه لو اطلق التصرف وجعل قوله شرعا قيدا للقدرة لا ينتقض التعريف ايضا اذ لا يلزم
من انتفاء القدرة على التصرف المخصوص انتفاء القدرة على التصرف مطلقا والجواب ان الاصل في لام التعريف اذا لم
يكن ثمة معهود هو الحمل على الاستغراق عند الجمهور وان كان العهد الذهني مقدما عند صدر الشريعة واما ثانيا فلان
القدرة قد توجد في صورة الاباحة الا يرى انه يقدر على الشرب من الماء المباح والتوضي منه والحرارة
في الاناء وبالتعريف غير مانع فلا بد من اعتبار قيد بوصف الاختصاص على ما اعتبره العلامة
النسفي في الكافي ثم قد يقسم البيع باعتبار المبيع بمعنى ان التقسيم لا يخلو
عن ملاحظة خصوصية المبيع في كل قسم وان كان يلاحظ
معه الثمن ايضا الى اقسام اربعة وهي المقايضة والبيع
المطلق والصرف والسلم وقد يقسم باعتبار
الثمن بدون ملاحظة خصوصية
البيع الى اقسام اربعة ايضا
وهي المساومة
والمرابحة
والتولية
والوضيعة
تم

قال البيع ينعقد لا يخلو اما ان يراد بالبيع مجموع الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي بينهما كما هو الظاهر او الارتباط فقط او ما يقوله
البائع حال العقد وعلى التقدير الاول ينبغي ان يكون ينعقد بمعنى يحصل على طريق ذكر المقيد وارادة المطلق او بمعنى يحصل الانعقاد
فيه او يجعل من قبيل وصف الكل بحال بعض اجزائه وعلى الثاني يتعين الاول وعلى الثالث يكون المعنى ان قول البائع يعني بعت
انشاء البيع انما يرتبط بكلام المشتري ويحصل منهما معنى شرعي اذا كان كل واحد بلفظ الماضي وقول الشراح الانعقاد ههنا تعلق كلام احد
المتعاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل يلائم المعنى الثالث اذ لا يظهر العائد الى المبتدا في الجملة الظاهر لكونه خبرا على التفسيرين
الاولين كما لا يخفى قال بالايجاب والقبول الايجاب هو كلام اول من يتكلم من المتعاقدين حال انشاء البيع سمي بالايجاب مبالغة لكونه
موجبا اي مثبتا للآخر خيار القبول وهو كلام ثاني من يتكلم منهما في ذلك الحال قال اذا كانا بلفظ الماضي ابتداء اما زائدة او اعتبار
فان العام ملابس للخاص ثم هذا التقييد ان حمل على افادة الحصر على ما هو الشأن في الروايات فلا بد من اعتبار قيد وحده
في قوله والموضوع للاخبار معه قوله ينعقد به ليتم التقريب وحمل قوله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل اي الامر على ما يدل
عليه الحوالة على كتاب النكاح على ما وقع ما علم من الكلام السابق للاهتمام بشأنه فان الشافعي يخالفنا في عدم انعقاد البيع
بقول المشتري بع هذا الشيء مني بكذا وقول البائع بعت او قول البائع اشتر هذا مني بكذا وقول المشتري اشتريت لكن
كلام المصنف يكون خالفا لانه في تلك المعتبرة من انعقاد البيع بقول البائع ابيعك هذا بكذا وقول البائع بعت او قول البائع
ابيعك وقول المشتري اشتريه اذا كان المراد هو الايجاب في الحال وثانيهم من قوله والمعنى هو المعتبر في هذه العقود فانه
على ان لا يحمل على الحصر بقرينة قوله والمعنى هو المعتبر ويكون قوله لان البيع انشاء تصرف دليلا على الانعقاد وخروج
بلفظ الماضي فلا حاجة الى اعتبار قيد آخر في الموضعين المذكورين ولا يكون قوله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل

يكرر الانعقاد بلفظ المستقبل اذا اريد به الايجاب في الحال يفهم من قوله والمعنى هو المعتبر آه فليتدبر **قال لان البيع انشاء تصرف**
ان اريد بالبيع مجموع الايجاب والقبول مع الارتباط فحمل الانشاء عليه اما مبالغة لاشتماله عليه او لتعلقه به او بناء على انه بمعنى
المفعول وجعل الاضافة من اضافة الصفة الى الموصوف وان اريد احداث البائع البيع بقوله بعت مثلا فلا بد ان
يحال حال المشترى على المقايسة ليتم التقريب **قال ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل** اى الامر كما ياتى عليه الحوالة
على ما ينبهك عليه لا ما دخل السين او سوف ولا صيغة المضارع مطلقا فمن شرح كلام المص بقوله وانما لا ينعقد بذلك
لان البيع انما يستحق فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان
من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشترى كان مساومة لم يات بما يطابق المشروح على ان قوله
فكان الانعقاد مقتصرا عليه ممنوع والسند ان المعنى هو المعتبر في هذه العقود كما ذكره المص ثم ان من قال بهذا اذا كان
اللفظان او احدهما مستقبلا مع دون نية الايجاب في الحال واما اذا كان المراد ذلك فينعقد به اراد بالايجاب في الحال
احداث البيع او الشرى الذي يدل عليه لفظ بعت او اشتريت لا ما يقابل القبول في الحال ومن قال في تعليله لان صيغة
الاستقبال يحتمل الحال فصحت النية اراد ان صيغة الاستقبال يحتمل الانشاء ويراد منها فصحت النية والارادة
واذا صحت النية جاز انعقاد البيع به اذ المعتبر هو المعنى فعلى ما ذكرنا لا يتوجه عليه ما قيل المذكور لفظ المستقبل وهو
انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال الى اخر ما قال فان مراد الشيخ صيغة المضارع الموضوعة للاخبار ولانه
انها حقيقة عند الفقهاء في معنى الانشاء على ان في كلامه بحثا من وجوه آخر اما اولا فلان قوله ان اراد الشيخ ترجيح
بذلا احتمال لارادة ما ذكره بعد الحوالة كما نبهت عليه واما ثانيا فلان قوله لانها انما يحل او لا يدل على ما ادعاه
من عدم القول بالجوازية وذلك ظاهر لا يخفى على احد الا ان يقال ذلك دليل على تساوى وجود النية وعدمها المفهوم
من قوله وان كان بالنية والدليل اصل المدعى هو قوله لما قرر من الاثر والمعقول وقوله ولا ينعقد به تكرير للمدعى بلفظ
تذكير لطول العهد ولا يخفى عليك بعده واما ثالثا فلان قوله لما قرر من الاثر والمعقول غير مستقيم فان صيغة المضارع
اذا كانت حقيقة في الحال على ما اعترف لا يكون عدة واما رابعا فلان قوله لان الحقيقة يحتاج الى ما ينفى ارادة
المجاز ثم فان المجاز المتعارف يغلب على الحقيقة عندهما فيحتاج الى ابي حنيفة قال في البدائع وانما اعتبر النية وان كان
صيغة افعل الحال هو الصحيح لانه غلب استعمالها للاستقبال اما حقيقة او مجازا فوقعت الحاجة الى التعيين انتهى
ثم قال ذلك الفاضل فان قيل ما وجه ما ذكر في شرح الطحاوى فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير
البيع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية انتهى وانت خبير بانه لا مانع
من حمل التعليل الاول على هذا المعنى وانه ليس فيما ذكره ايضا ما يدفع الاثر فلا حاجة الى ذلك ثم قبول هذا
ويمكن ان يدفع بان الرد كان على من شرح كلام الشيخ المص بهذا الوجه على ما فهم الفاضل من كلامه من التقييد والقصر على
دل عليه قوله فكان الانعقاد مقتصرا عليه وقوله ولم يقل بالجوازية والقبول بالنسبة الى شرح كلام الطحاوى ولانه
انه ليس في كلامه ما يدل على قصر انعقاد البيع على لفظ الماضي فليتأمل تمت الرسالة المزبورة

اجاز وضوءه بلا نية حتى ان شرع فقها بلا نية

بسم الله الرحمن الرحيم

قال رحمه الله كتاب البيوع لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وقد يزاد عليه في الشرع قيد فيقال هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ويقال باع الشيء اوباع منه وكلا شمله على الانواع الاتي ذكرها جمع وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم يكن احد من المليين وغيرهم رد وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول او ما دل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه ملكا له لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسياتي تفسيرها

قال رحمه الله البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالاخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات وسمي ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للاخر خيار القبول فاذا قبل سمي كلامه قبولا ولا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتاخر قبولا وشرطه ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت ويقول المجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف بالشرع اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا ظاهر كلام الشيخ [illegible] ولا بد من [illegible] الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر

قال رحمه الله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان الشرع صلى الله عليه [illegible]

استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان وعدا لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون نية ارادة الحال واما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال يحتمل الحال فتعين بالنية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي غيره للاستقبال [illegible] بخلاف المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به وبنية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو الوعد لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لا ان الحقيقة يحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ما ذكره في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية قوله بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الاخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح

قال رحمه الله وقوله رضيت او اعطيتك هذا لبيان ان انعقاد البيع لا يختص بلفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء وكذا كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيد ببعض العقود لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه وهذا اي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم ان محمدا رحمه الله اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه

قال واذا اوجب اي اذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالاخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس قبلت وان شاء رده وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي وقد فرضناه بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الاخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لا ينحصر في ذلك فان حق التملك يثبت للمشتري بايجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق الملك للمشتري وان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك ثابت للمزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه معارضا وانما يمتد الى اخر المجلس [illegible] يجوز ان يكون [illegible] انما يقال لا وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول

او يتوقف على ما وراء المجلس وتفسير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما
وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب
فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب انهما
اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء
المجلس قال والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من
فلان الغائب بالف فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ
الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فينقل كلام المرسل
اليه قال وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا واراد المشتري
قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة
فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون من ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار
قبول العقد في احدهما لقبل المشتري في الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفي ذلك
ضرر بالبائع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا
بالف مثلا وقبل البائع في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل لو
رضي البائع في المجلس هل يصح ام لا اجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة
استيناف ايجاب لا قبولا ورضى البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري
حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء
فيكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان
رضي البائع لانه يلزم بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء
الضرر عن البائع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى والصفقة ضرب اليد على
اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وباتحاد بعض
هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فان اتحد الجميع اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد
المبيع كثوب بعتها بثمانية فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما
فقال قبلت احدهما بستين والآخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا واتحاد الجميع سوى البائع كان
قالا بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعتهما
بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع
فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا واما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع
بلا تكرير لفظ البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق
قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال وايهما قام عن المجلس
قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهو اشارة الى ان رد الايجاب
تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا فالدلالة

حمل على الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب
بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من
العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من
العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض متقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر
وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال
ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار
ما يؤل اليه او ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والتفرق بينهما ان احدهما
يرده والآخر محمل للاعادة لان الفاظ العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان لها
بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما في حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابراهيم النخعي رحمه الله
قال والتفرق تفرق الاقوال جواب عما قال الشافعي ان التفرق عرض متقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك
يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فاي وجه
ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار من
فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الآية وقال لا نفرق بين
احد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهو
ايضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يتمشى على
مذهب ابي يوسف ومحمد لا على مذهب ابي حنيفة فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل
الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان يؤدي الى الجهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من باب
بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف
او نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ويترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من
انه لو حمل على التفرق بالابدان ادى الى الجهالة وهذا التاويل اعني حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن
رحمه الله قال والاعواض المشار اليها لا تحتاج الى معرفة مقدارها الاعواض الثمن والمبيع والمشار اليها ثمنا كان
او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقداره في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية
الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا يفضي الى المنازعة
لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون الربا بعض انواع البيع بخلاف السلم على ما سياتي وهذا انما يستقيم
اذا لم يكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما
يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه قال والاثمان المطلقة لا تصح الا ان يكون معروفة القدر والصفة
الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونه بخاريا
او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع
فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع
قال ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الثمن

قوله وبثمن حال يتعين اقول فيه ايضا منقوض بالسلم فيه ورأس مال السلم

يتعين عند الشافعي في البيع وهو غير المنافاة وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة
نقلا عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء
وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقي اصحابنا في الاجارة
والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال
كالثياب الموصوفة وثبت في الذمة الى اجل بدلا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل لكونه
ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد
بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا
الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة وان قابلها عين وهي معينة فهي ثمن ومبيعة واثمان
لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كان
اعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقول اشتريت هذا العبد بكر حنطة
قد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الا سلما
بشروطه وهذا المحصل كلامهم في هذا الموضع وقوله الاعيان ثلثة نوع لا يعني الدراهم والدنانير ونوع
كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ونوع متردد كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة
وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا
وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال ويجوز البيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق
قوله تعالى واحل الله البيع ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه
لكن لا بد وان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى منع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما
يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها قال ومن اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد
ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخارية او سمرقندية
وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا
الا ان يبين احدهما واعلم اني اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة
اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب تفصيلا فاني ما وجدت من الشارحين رحمهم الله من تصدى لذلك على ما
ينبغي فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية
دون الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي
مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما
في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان
كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله
فان كانت النقود مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في المالية من المغربي
اذا فرض استواء رواجهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الا ان
يرتفع الجهالة ببيان احدهما في مجلس العقد قوله او يكون احدهما اغلب واروج فينصرف البيع اليه تحريا للجواز
اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان كون احدهما اروج اعم من ان يكون مع اطلاقه في المالية

او مع استواءه والبيع جائز فيهما وقوله وهذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة
الى القسم الثاني اعادة للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلثة منه دانقا
والنصرتي اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري ببخارا والاختلاف بين العدالي بفرغانة دونها وما وراء النهر يسمون
الدرهم عدليا وكل هذا مختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله فان كانت سواء فيهما اي في المالية يعني مع الاستواء
في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجواب الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا اي الشارحون من
المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به من العقد كعشرة ونحوه من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين لانه لا تفاوت
لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالية وفيه نظر لانه قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل
بين الشرط وجزائه وجزاؤه قوله جاز البيع بقوله كالثنائي الى قوله جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائي
الى آخره متعلقا بقوله فان كانت سواء لانه ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلثة منه دانقا لا يكون في المالية
لكن يمكن ان يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم بالصواب قال ويجوز بيع
الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة الطعام اذا خلط البيع بجنسه او بخلافه واما بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل
تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم لا يقال لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان التفصيل عند
ذلك قصد الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم
قيمته بدراهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ويجوز باناء بعينه اذا باع
الطعام او الحبوب باناء بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارها جاز لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذه
ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم فقيل يشكل على هذا
اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام يأخذ ايهم شاء ويرد الباقي او اشترى باي ثمن
شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة
للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهالة فجاز ان يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو
عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاصل ولعدم الفرضية الثانية وقيدوا الاناء بوصف الذي لا ينقبض اذا كان بكيل
لا ينكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز فانه لا يجوز
باناء مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة
وعن ابي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات انما
ان يكون مجازفة او بذكر القدر يعني المجازفة المعقود عليه وهو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار في هذا المعقود
عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الفرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يتم شيء من القدر
والاول اصح يعني من حيث الدليل فان اعتبار المعين لم يتباعد عن المجازفة والظاهر يعني من حيث الرواية قال
ومن باع صبرة طعام اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية
جملة القفزان او بالكيل في المجلس او لا فان كان الاول فالبيع جائز والبيع جملة فيها من القفزان وان كان الثاني
فالبيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة وفي جملة القفزان كالاول عندهما لابي حنيفة رحمه الله انه صرف اللفظ الى الكل متعذر
لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البائع يطالب بتسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا

نقد الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الآن وان ذل الجهالة في المجلس احد الامرين المذكورين يجوز
لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان
فاسدا بحكم اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب العقد فوقع فيه فلا ينقلب
ويتقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلبه لعدم الاجل عنه فلا يتقيد بالمجلس لضعف يظهر ذلك
في اليوم الرابع وباستدراك الاجل وكما ان هذه جهالة ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما ان ازالتها
بايديهما فلانهما يرتفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها ليست
بايديهما فان الرقم او بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالته وكل ما
كان هو كذلك فهو غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار واجيب لابي حنيفة ان
القياس فيه الفساد ايضا الا انا تركناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على سبيل ان
يكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره وهذا لم يجده ابو حنيفة فيما نحن فيه قياسا
واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع
لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية القفزان فكان راضيا به وهذا يصح
اذا علم ولم يتم واما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره فلا خيار له وفيه بحث اما اولا
فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالثمن واشترى
احدهما الكل غيبة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له هنا تفرقت الصفقة
ولم يوجب الخيار واما ثانيا فلان قياس قول ابي حنيفة ان لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلم
كما لو اشترى مع علمه فانه لا خيار له في الفرع لعلمه ان البيع منصرف اليه والجواب ان الخيار يوجب التفرق
والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك هنا على قول
ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون منصرفا الى البعض
تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه
لا يجوز فصار كان المشتري هناك وحده فان البيع ينصرف الى الثمن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار
له في الثمن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد
فيها فيلزم تفريق الصفقة على من لم يعلم وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فيه
التفريق والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة تفريق الصفقة لان الصفقة موضوعة للكل وقصدها ايضا
الكل وما قبله مانع شرعي عن الصرف الى الجميع وهذا لو علم المقدار في المجلس صح والصرف الى الاقل باعتبار نقد
الكل لما لم يصرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من البيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك
بقي ان يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عن قوله وكذا
اذا كيل في المجلس او سمي جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن
فربما كان في حد من او ظن ان الصبرة تاتي بمقدار ما يحتاج اليه فاذا هي دونه وليس له من الثمن ما يفي بالزيادة ولا يمكنه احد
الزائد مجانا وفي ترك تفريق الصفقة على البائع او نفسه فيحتاج ان يشتري من مكان آخر وهل يوافق اولا
كان اداؤه ولم يكن رآه وقت البيع عند ابي حنيفة هو وهكذا في الموزونات والمعدودات المتفاوتة واما اذا

باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في الكيلات لان
التفاوت بين الشياه موجود في ذلك فجهالة تفضي الى المنازعة بخلاف الكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذروعة
حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع
بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب
بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاولى فظاهر واما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت
معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان
معلوما وكل معدود متفاوت كالخشب والاواني واما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا ... ومن ابتاع
اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخلو عند الكيل اما ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان
الاول فظاهر وان كان الثاني خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب
لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل
ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر ليس بوصف فما زاد على المقدار المعين ليس بمبيع
فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا يتعين للمشتري وكان كل من العاقدين
مخيرا فيها ان شاء باشرها وان شاء تركها وان كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة
دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان
الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله
شيء من الثمن اما بيان انه وصف فلانه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما
ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فلانه تبع كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع
قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اي ولكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن ياخذ الموجود بكل
الثمن بخلاف الفصل الاول يعني الكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا ياخذ بحصته وانما
نبه انه يتخير لتغير المشروط ... بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد
للمشتري ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للبيع لا يقابله شيء فصار كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم
ان هذه المسالة من مشكل مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بكونه الاعراض
اي عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل وكثير فيلزم
ان يكون الكثرة ايضا لا محالة فكيف جعل الذرع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم
في الاصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما يتعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف
وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم الوصف ما كان في وجوده تحسين وفي عدمه تاثير نقص
فالنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما يكون كذلك فهو
وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتنقيص والمذروع يتعيب وعشرة اقفزة اذا انتقص منها قفيز
يشترى بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة
واما الذراع الواحد من الثوب او القباء اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى مع الذراع
الفائت مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا

عرف بنا عرفنا ان القدر والكثرة من حيث الكيل او الوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع عليه
المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع
اذا امتنع رده ورجع المشتري بنقصان العيب كان اشترى عبدا فاعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على
بايعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف قد دخلت تحت هذا الوصف المذكور اجيب بان كلامنا في وصف كان
المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما
كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع
على عيب اخذ شبها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعكسها يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية وفيه نظر
لان المبيع ان كان ثيابا لم يكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم
كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار
اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا
بالتناول وههنا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع الثمن لم يكن المشتري آخذا كل ذراع بدرهم
وقد باع الا بشرط ان يكون له كل ذراع بدرهم لان كلمة على تاتي للشرط كما عرف في موضعه فان قيل المسئلة الاولى
بان الذراع لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن لكان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة
اذرع ومقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد واجيب بان الذرع اصل من وجه من حيث انه يعين
اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم انا لو جعلنا
الذرع منقسما على الاذرع عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فعملنا بالوصفية عند ترك ذكره
وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لانه قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون
علة لها والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان يكون كل ذراع مبيعا ضمنيا ولا معتبر بذلك كما ذكرنا ان
الوصف انما يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما
خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية وفي
النقص يتخير ايضا لعدم الزيادة فيما بينا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذ بالاقل لم يكن آخذا بالشرط وهو كل ذراع بحصته
ويختص اما الاول بان كل ذراع لما كان بمنزلة ثوب يقتضي ان يفسد البيع اذا وجده اكثر او اقل كما لو كان العقد
على اثواب عشرة فقد وجدت احد عشر او تسعة على ما ياتي وعن الثاني بان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر
الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل
الا بصفقة على حدة بعد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة واجيب عن الاول بان الاثواب مختلفة فيكون
العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع
لو لم يدخل كان تابعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحرزا عن الفساد والقفيز الزائد ليس كذلك قال
ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع يعني ان يكون المبيع مما ينقسم او لا
ينقسم فاسد عند ابي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز بالاتفاق
لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم في كونهما عشرا فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة ان
الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها وارادتها هنا متعذرة فيصار مجازا الى ما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل

محله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي فيقتضي محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فبطل ان يكون مشاعا فلا يستعمل في
الذراع لعدم جواز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولا
[illegible]

نقص في ذراع بعينه بمعنى ضرر لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة انه قد ثبت ان الذراع وصف
في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان
الشرط معدوما وزال الموجب لكونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصار دفع الزيادة على العشرة والنقصان كوصف
صفة الجودة فيسلم له مجانا فيخيل بهذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل وما لا تفاوت
واما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يسلم الزيادة له لانه وان انفصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون
لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا
منها **فصل** مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما ان كل ما هو متناول اسم
المبيع عرفا دخل في البيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال القرار كان تابعا له والاتصال
وعنى بالقرار الحال الثاني على ان معنى ما وضع لان ينفصل البشرية ثم في الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان
ينفصل فيه معنى اتصال القرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء
في العرف لا يقال لا اثر تناول البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لانا تناول
اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم يكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم
يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل به اي بالارض على تأويل المكان اتصال قرار فيكون
تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسم
للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فاشبه المتاع الموضوع
في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور
فان الشرع ليس فيه سبب فصل الحمل من الام **قال** ومن باع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع
الا ان يشترطها المشتري لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان
يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل
عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل **قوله** ولان الاتصال وان كان خلقة فهو اشارة
الى ان الاعتبار لما في الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا ويقال للبائع سلم المبيع
فان ما يوجب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمر ودفع الزرع وقال الشافعي يترك حتى
يبدو صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقياسا على
الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب ان لا نسلم ان المعتاد عدم القطع الحقيقي
والاستحصاد لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع ولكن الواجب ذلك ما لم يفعل ما يسقط وقد
دلالة الرضا بذلك وهو اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه كما ذكرنا قوله فكذا اشارة
الى الجواب عن المقيس عليه وتقرير التسليم واجب في صورة القضاء مع الاجارة ايضا ولا يترك الا باجرة تسليم
العوض كتسليم المعوض لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك للاستحقاق ولا فرق بينهما اذا كان الثمر له قيمة او لم يكن
كونه للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح ان بيعه منفردا يصح في احدى
الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار **قوله** واما اذا بيعت الارض مطلقا
على نخل ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت

فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض
واما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم يصر له قيمة فقد
ابو القاسم الصفار لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان وضع بعض الشارحين بتشديد
وهذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه يعني من جوز بيعه قبل ان ينال المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن
لم يجوز جعله تابعا والمشفر للبعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل **قال**
ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة اربعة الاول بعت الارض او الشجر
لم يزد على ذلك وقد تقدم ذلك والثاني بعتها بحقوقها ومرافقها والثالث بعتها بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها
من حقوقها او من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها والرابع
بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها ففي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمرة
الحقيقة العادة بذكرهما لانهما ليسا من الحقوق لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل
الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كانا في الارض وعلى الشجر
واما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به **قال** ومن
باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بدا
صلاحها او لا لانتفاع بني آدم او علف الدواب او لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني
فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده وجها ان البيع قبل ان ينتفع
به لا يجوز لنهي النبي عليه السلام عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان البيع يختص بالمتقوم والثمر قبل بدو صلاحه
ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية اما الاول فلما اشار اليه محمد في باب العشر لو باع الثمار
في اول ما يطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا في اول ما يطلع لما
وجب العشر على المشتري واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر
والجحش وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك او ان المراد به النهي عن
بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ارأيت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا
اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال
تفريغا لملك البائع **قوله** وهذا اشارة الى الجواز اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع اما اذا قال اشتريتها
على ان اتركها على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه في
الحال وهو بشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير وان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اما
في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه
تأمل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة الاشجار واجارتها وليس كذلك نعم هو مستقيم فيما اذا باع
الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها اما
اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما
محمد فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه
شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض او الشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط

التركه لكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يبد صلاحها مطلقا ولم يشترط الترك وتركها
فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده
فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما ازداد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة وان تركها بغير اذنه بعد
ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه الحالة
لا تزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك
والقطع وتركها على النخيل باستيجار النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف
فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق
اذا لم يكن تخلص سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكره واذا بطلت الاجارة بقي
الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل لا نم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن
كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلا
ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن
فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل
لان الاجارة فاسدة للجهالة في وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر لبرد والفاسد له
تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا للشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل
خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها واثمرت من الترك ثمرة اخرى
فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز
وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان
فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب
وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل
البخاري انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا وهذا شرط ان يكون الخارج
اكثر قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان
والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري الاصول لتحصيل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة
السرخسي ما يجوز بجعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثم ضرورة ولا ضرورة ههنا لانه [illegible] بيع الاصل
قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان
مراده الثمر على رؤوس النخل او ثمر مجذوذ وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخيل واما بيع المجذوذ
فجائز وهو مخالف لما ذكره في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤوس النخيل واستثنى منها ارطالا معلومة جاز البيع لان المستثنى
معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا وخاصة ما على الارض فباع الكل الا صاعا فانه يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء
واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء
بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كما هي نخلة قال المص رحمه الله قالوا هذه رواية الحسن وهو قول
الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك [illegible] فلا يكون
مانعة واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من احسن ما يكون والمشتري يدفع

اليه ما هو ادنى الثمر فيفضي الى النزاع سلمناه ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة والبيع
كما لا يصح مثله في المضاربة ولهذا المعنى ومن هذا قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا معلومة وزدت بانه لو كان
المستثنى صاعا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخلو اما ان يبقى بعد الاستثناء شيء اولا وكل من التقديرين يقتضي صحة
العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم ولكن
ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة
واما الثاني فلانه يكون ح استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار
المآل واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست مفضية الى
النزاع فهو اولى السلم ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية فينبغي ان يجوز على قياس ظاهر الرواية
فان حكم هذه المسئلة لم يذكره في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز وزيد به على قياس ظاهر الرواية لان الاصل
ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وينعكس
الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه كما في بيع اطراف الحيوان فيه وحمل لا يرد عليه العقد
بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وفي هذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وايراد
العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده
جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة
الا قفيزا لانه استثنى ما يجوز ايراد العقد عليه واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها
بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز ايراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز
ايراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي
والوزني والعددي المتقارب فان استثناء [illegible] وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة
قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله
بعتك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة
المعينة من القطيع معنى واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل
كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا
في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا نصفه
فانه صحيح في نصفه استحسانا ولو قال على ان لي نصفه لم يصح ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال
المعلومة واستثناؤها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول
لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم يبق جهالة الى المستثنى منه بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة
وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع **قال** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا في الحبوب
كالحنطة والباقلي والارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلي الاخضر والجوز واللوز والفستق في
قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له في العقد فلا
يجوز كما اذا باع تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روي عن ابن عمر ان النبي صلعم نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن
بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية

والأولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهي يقتضي المشروعية كما عرف قوله ولأنه حب ينتفع به كأنه جواب عن قوله
مستور بالاستر له وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشره حب ينتفع به ومن أكل القولية
تشهد بذلك وأن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة
فجاز بيعه كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة إنما لا يجوز إذا بيع بجنسه
لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا بجهالة
قدرها في السنبلة فإن قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر
بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلفا أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها
ولا يقال هذا حب وهو في القطن وإنما يقال هذا قطن وكذلك في التمر وإليه أشار أبو يوسف رح قال
ومن باع دارا الأغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح إذا باع دارا دخل في البيع أغلاقها
بناء على ما تقدم أن ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والأغلاق كذلك لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح
يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لأنه كالجزء منه إذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك
الشيء فإن قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فإن الانتفاع بالدار لا يكون إلا بالطريق
ولا يدخل في بيع الدار فالجواب أن الداخل في الشيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يكون إلا
بالطريق ممنوع الانتفاع بها لا يمكن إلا بالطريق مطلقا أو من حيث السكنى والأول ممنوع فإنه يحتمل أن يكون
مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق
في الإجارة لكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان وقالوا إن اتصل بالبناء بأن كان مسمرا
أو مجيئا يدخل وإن لم يتصل لا يدخل قال وأجرة الكيال وناقد الثمن إذا باع المكيل مكايلة أو الموزون
موازنة أو المعدود عدا واحتاج إلى أجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لأن التسليم واجب عليه
وهو لا يحصل إلا بهذه الأفعال وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وأما أجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن
رستم عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الأولى أن
النقد يكون بعد التسليم لأنه إنما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج إلى النقد ليميز
ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية أن المشتري هو المحتاج إلى التسليم الجيد المقدر
والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد وأجرة وزان الثمن على المشتري
لأنه المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن السلعة معجلا إما
أن يكون بثمن أو بسلعة فإن كان الأول يقال للمشتري ادفع الثمن أولا لأن حق المشتري تعين في المبيع
فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق
كل واحد منهما وفي المالية أيضا لأن الدين أنقص من العين وعلى هذا إذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما
فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وإن كان الثاني يقال لهما سلما معا لاستوائهما
في التعيين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما بالدفع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما وأخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير
اللازم ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء

الحكم ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم وإنما كان يعمل في منع الحكم دون السبب
لأن من حقه أن لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاء به الشرع لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع
الحكم تقليلا لعمله بقدر الإمكان لأن دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع
فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشتريت على أني بالخيار أياما أو على أني بالخيار أبدا وجائز بالاتفاق
وهو أن يقول على أني بالخيار ثلاثة أيام فما دونها ومختلف فيه وهو أن يقول على أني بالخيار شهرا أو شهرين فإنه
فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله سواء كان لأحد العاقدين أو لهما
جميعا أو شرطا أحدهما الخيار لغيره وجه قول أبي حنيفة رح في الخلافية ما روي أن حبان بن منقذ كان يغبن
في البياعات لآمة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلعم إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام والخلابة
الخداع ووجه الاستدلال أن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد
إلا أنا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فإن قيل كيف جاز للبائع والمذكور
في النص هو المشتري فكما عديتم فيثبت له الخيار فلتتعد في مدته فالجواب أن في النص إشارة إلى ذلك وهو لفظ
المفاعلة ولأن البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لأن معنى الغرر
يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر رض أن النبي صلعم أجاز الخيار إلى شهرين
ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فكان كثير المدة كقليلها
فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن فإنه جائز قلت المدة أو كثرت للحاجة والجواب أن حديث حبان مشهور
فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سلمنا أنهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن يكون المراد
به خيار الرؤية والعيب وإنما أجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم أن كثير المدة كقليلها في الحاجة فإن حبان
الحادثة كان نصابا في الناس فكان أحوج إلى الزيادة فلو جازت كان أولى بها فدل أن المقدر ينفي الزيادة
سلمنا لكن في الكثير معنى الغرر زائد وقد تقدم والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لأن الأجل يشترط
للقدرة على الأداء وهي إنما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج إلى مدة طويلة قوله إلا أنه إذا أجاز
يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ومعناه لا يجوز أكثر منها لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز في الخيار
في الثلث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والأول أولى لقوله خلافا
لزفر فتأمل ثم هو يقول إن هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لأن البقاء على وفق الثبوت
فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكمن تزوج
أمة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولأبي حنيفة رح أنه أسقط المفسد اعلم أن
مشايخنا رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة رح فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسدا
ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى أنه موقوف
فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله أسقط المفسد قبل تقرره أي قبل مضي ثلاثة أيام تفريع على الرواية الأولى
وتفريعها أن العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لأن الظاهر دوامهما على الشرط فإذا أسقط الخيار قبل دخول
اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لأن هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تقييد
العقد في اليوم الرابع فإذا زال المغير عاد جائزا فصار كما إذا باع بالرقم وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة

كالكتابة يتعلق بها الهلاك او بقي ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك كما اذا قال بعتك هذا الثوب بقيمته وقبل المشتري
من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدره تم في المجلس وقيد انقلب جائزا بالاتفاق
وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد
وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا لم يتصل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والحاق
ما قاس عليه ذكر في المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يكن دفعه وفي مسئلتنا في شرط
فلكن قال ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز
وجه المسألة اذا قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وهما فاسدان او
قال على انه ان لم ينقد الثمن ثلثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفر انه لا يجوز
لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول
بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان يفسد واستحسن
العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم
النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به وتقريره بانا لا نسلم انه في معناه لان من له الخيار
لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل واجيب بان المنظور اليه في الالحاق
انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزايد على ذلك فلا معتبر به وقد قرر ذلك
في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى
يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة
ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتغيب ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه فلم
يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد رحمهم الله اما ابو حنيفة فقد مر على اصله في الملحق به وهو نفي الزيادة
على الثلث وكذلك محمد مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق
به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المص وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي
هذا بالقياس وتفسيره على وجهين احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله ان لم ينقد
الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في
الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر رضه وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه و
الثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل اي في ثلثة ايام باثر ابن عمر وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع
ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلثة ايام بالقياس
وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله وفي هذه المسألة قياس آخر تقدم معناه قال وخيار البايع يمنع
خروج المبيع من ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبايع
فالمبيع لا يخرج من ملكه بالاتفاق والثمن يخرج من ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من
ملك البايع والثمن لا يخرج من ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن من ملك البايع والمشتري
بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البايع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبايع فيه خلاف
قال ابو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البايع في الصورة الاولى فلما ذكره

من قوله لانه تمام هذا السبب اي العقد بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا يتم المراضاة بالخيار ولان البيع
به يصير علة اسما ومعنى لا حكما فيمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف
فيه وان قبضه باذن البايع فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى
هو يقول قبض ملك البايع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة
وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حال لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا يلحقها الاجازة وهو معنى قوله
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض
بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في
القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البايع الخيار لنفسه فبقي الضمان
الاصلي في مدة الخيار واما اذا هلك بعده فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام الرضا ولو هلك
المبيع في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار وقيل وانما ذكر صحيح
مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري
فهو ان البيع لازم من جهته وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا
له دون الآخر واما ان البدل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة
فلانه لما لم يخرج الآخر من ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع
لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر
عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر
ضمان جناية وليس كلامنا فيه وقد دخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه لو لم يدخل في ملك الآخر يكون زايلا لا الى احد
يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج
العبد من ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها
بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظر للمشتري
ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره
فعاد على موضوعه بالنقض قوله فان هلك في يده اي هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك
بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع كما تقدم آنفا ومراده عيبا لا يرتفع كما لو قطعت يده
واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلثة وان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت
والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان
الخيار للبايع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب
في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبايع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب
لان الخيار للبايع لا له فيهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة قال ومن اشترى امرأته هذه مسائل
يترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البايع ولا يدخل في ملك
المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها

وان وطئها اذ ان يردها لان الوطي لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطي ينقصها
وبهذا يشير الى ان قوله وان وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطي فاما اذا نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا
اليه اشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين
ولكن المسائل نظاير في كونها مرتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان
قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده
خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده
ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هنا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان ينوب عن
الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة اجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا
يتعدى الى الوقوع من الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه يجعل لا
للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها
فاختاره لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده وقبل القبض خلافا لهما ولو ردها على البايع لا يجب عليه
الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البايع
الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البايع قياسا واستحسانا
واجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البايع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا
وبعده قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له
عنده قال صاحب النهاية لابد من احد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحة وولدت في مدة الخيار
قبل قبض المشتري او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحة وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط
الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد
له لا ظرفا للولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد
لفظي كما ترى **قال** وانما احتجنا الى احد التاويلين لانا لو اجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا
اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط
لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعدما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري
المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يد البايع في مدة الخيار او بعده هلك على البايع لان القبض
قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم يصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاكا للمبيع قبل القبض والثمن
مال البايع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري
عبدا ماذونا فابرأه البايع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك وللماذون
ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والماذون ليس من اهله فان قلت
اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فاوجه ابراء البايع عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس
يقتضي عدم صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من
ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب والشروح واذا
كان الخيار للبايع واسلم يبطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري فاسلم البايع لا يبطل البيع بالاجماع

قوله لانا لو اجرينا على ظاهر اللفظ
اقول يعني الاطلاق سعد

قال المعترض الرد امتناع عن التمليك
اقول الظاهر انه امتناع عن التملك سعد

لان العقد خرج من ان يكون باتا فان اختاره المشتري صار لازما وان رده صار الخيار للبايع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر
قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البايع والمشتري والاجنبي لان شرط
الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبايع فالاجازة يحصل بثلثة اشياء بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار
لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد نافذا وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان
يتعيب المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه واستهلاكه كما تقدم واما الفسخ
فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما فالثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البايع في مدة الخيار تصرف الملاك كما
اذا اعتق المبيع او باعه او كانت جارية فوطئها او قبلها او ان يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه تصرف الملاك
كما اذا اعتق المبيع فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان
كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البايع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة
الآخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو
قول الشافعي لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف نفوذه
على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر وفي ذلك بعدم اشتراط الرضا وعلل
ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ
تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبايع فالمشتري ربما
يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد يكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء
في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري فالبايع ربما يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد يكون المدة ايام
رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه الا اعادة كما في عزل الوكيل
والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان السلطة
على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط
العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في الباعات لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم
من الزام الضرر معارض بما دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لما اختص من له الخيار
الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى فاجيب بانه ضرر مرضي به من حيث ترك الاستيثاق باخذ
الكفيل مخافة الغيبة وقد علم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض العقود
لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو يصح
لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل من الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرد
بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان لم يعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى يكون الرجعة
الزام امر جديد سلمنا ذلك لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح شرع الى التمام فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا
ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها بغير الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل في ذلك بالتمليك
امتثال لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو كان فيه ضرر لكان اقدم عليه او لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل
اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من الخيار لا وهو
برضا بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع

عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا اختيار في العدة اذ تكون بايجاب الشرع

فيثبت دون الطلاق بخلاف التصرف المذكور في خيار الشرط فانه زايد على موجب خيار الشرط وهو الرد او الاجازة

وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه وكذا لو كان فسخ في حال غيبة صاحبه فيفضي الى ان الشرط الخيار

دون الجحود وليس المراد بقوله كناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد **قال**

واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته سواء كان البايع او المشتري او غيرهما سقط الخيار

ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع **قال** الشافعي اذا مات من له الخيار انتقل

الخيار الى ورثته لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى

احد الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء **ولنا** ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشية وارادة

وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان

الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قوله عليه السلام من ترك مالا او حقا

فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ان الخيار ليس كذلك

قيل المالكية صفة ينتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك **واجيب** بان المنتقل هو العين

ونقل المالكية ضمني **قيل** فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا

واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف الملك فانه لا يتخلف

مالكية مالك **وفيه نظر** فان الكلام في البيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه **والصواب** ان يقال الغرض

الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في البيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي

انتقال ما ليس كذلك **فان قيل** القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار

كذلك **اجيب** بانه يثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات

زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد

ولا شارط ولا يقال البيع لشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلا منا مع

من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد

او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع **قوله** بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره

لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذلك الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار

وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفايت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري

بالعقد فاذا طالب البايع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه خلف

المشتري في ملكه ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين

لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين لكن اختلط بالزمان

وهل يثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا يرى ان المورث كان له ان يفسخ وكان خياره مؤقتا

والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت **قال** ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى

وشرط الخيار لغيره جاز حذفه للدلالة **قوله** فايهما اجاز جاز يعني من المشتري او البايع وذلك الغير على الحذف

واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا

من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن

على غير المشتري او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة

قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك

ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه اشترط الخيار لنفسه وجعل

الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان **وفيه بحث** من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون

المقتضي ادنى منه لا من المقتضي الا يرى ان من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء

لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا للفرع ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت

الخيار له اقتضاء **والثاني** ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق

الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه لذلك **واجيب** عن الاول بان الاعتبار للمقاصد

والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكانه هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التمليك لا من

حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل تبعية فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت

تبعا لفرعه **وعن الثاني** بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن

على الاجنبي وثبوت المقتضي لتصحيح المقتضي ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعاد

على موضوعه بالنقض **فان قيل** فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين **فالجواب** ان المشتري

اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه **واذا** ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز

جاز وايهما نقض انتقض **ولو** اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق منهما لعدم مزاحمه **ولو** خرج الكلامان

معا اختلف الرواية ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية ماذون المبسوط

يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه قول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يترجح

على غيره وبيانه ذلك ان تصرف النايب انما يحتاج اليه عند انعدام تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج

اليه **واستشكل** بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا

بعينه **واجيب** بان الترجيح يحتاج اليه عندنا في الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل

بدونه فلا حاجة اليه **ووجه** القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البايع

والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البايع لا يلحقه الاجازة ولا خفاء في ان

ما يطرأ على غيره فيزيله اولى الشيء كذلك **وتوضيح** بما اذا لاقى من له الخيار فيه فسخا للبيع ثم هلك المبيع

عند المشتري قبل قبض البايع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان البايع له والقيمة ان كان للبايع

فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ **واجيب** بان الكلام في ان الاجازة لا يلحق المفسوخ وما ذكرتم

فسخ لا اجازة **وقيل** الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف رحمهما الله والثاني اصح **وتعليل** قوله ولما ملك كل واحد

منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف وهما العاقد

من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف

لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار وكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد

في ذلك قوية واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليها ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل

من احد والموكل من عبني معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما نصفين
ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه استخراج ان تصرف
الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك
ظهر اثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتعدد
المالك للمالكية والرجحان ثابت هنا للتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس وهنا
بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا استبعاد في هذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك
فعلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا يصح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك للمالكية هنا لا يستلزم رجحان
الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في
وجه ذلك ان مثال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد هنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية
من غيره فترجيح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من ابي يوسف في
اعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى احوال المتصرفين لتساويهما فيبقى النظر في حال التصرف نفسه والفسخ اقوى
لما ذكرنا **قال** ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين
من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا او يحصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان
الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة
احدهما تفسد فجهالتهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا
ينعقد في حق الحكم وكان الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني
وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن
معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر فيكون
مفسدا كقبول الحر في صفقة العبد اذا جمع بينهما في البيع اجاب المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكونه من
الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع
ان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان
الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا لا في العقد ولا في الحكم وللقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه
العقد فكان مفسدا فالجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه
فضل تامل منك فاحفظ وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على اني بالخيار في
احدهما فالبيع فاسد ايضا بجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا
للعقد في الآخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بانه عدم التفصيل
مفسدا اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء وفيما اذا امتنع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه
يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهو مجهول
وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع من انعقاده في حق الحكم وهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان
الثمن في البقاء حصة كما في حق من يفسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة **قال** ومن اشترى
ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء وتركه لا اشتريت احد هذين الثوبين على ان لي ان آخذ ايهما شئت بعشرة دراهم

الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلثة واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان
يفسد البيع في الاثنين والثلثة ايضا وهو القياس في الاربعة لان المبيع احد الاثواب غير معين وهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع
لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي ووجه الاستحسان انه في معنى ما ورد
في الشرع وهو خيار الشرط لجامع الحاجة قاله بقوله وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق
له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه
لاجله كامرأة ونحوه والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا نسلم
ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة
من الحاجة وعدم كون الجهالة مفضية الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت
الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيه وما زاد يقع مكررا غير
محتاج اليه فانتفى منه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا رح ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير
وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ
فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة وزيادة
على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر
كان اتفاقا لا اشتراطا وهو اختيار فخر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بما منع السنة فلا يصح
بدونه وفيه نظر لان عدم امكان الملحق من الملحق به ليس بشرط في الالحاق وحجة الآخرين ان خيار التعيين
مما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط الا
في غيرهما من غير توقيت على الايام الثلثة واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال
لا يخلو اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين اولا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلثة عند
ابي حنيفة وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في
الزائد على الثلثة عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب
بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه
بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد
في خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة حتى اذا هلك
الآخر بعد هلاك الاول او تعيبه لا يلزمه من قيمته شيء وهذا لان المبيع ممتنع الرد لان رده انما يكون
اذا لم يتعين مبيعا وتحقق معناه ذلك منتهم فكان التعيين اختيارا دلالة فان قيل فعين الآخر لا يكون اقل
من المقبوض على سوم الشراء وهناك يجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء
مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة
فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه او اعتق احدى عبديه فماتت احداهما
فان الباقية يتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت
عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج من محلية الرد لتعيبه فيتعين لكونه
مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة

فيها وأما إذا ذكر فيه خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين ولا يتوقت على الأيام فله أن يردهما
بخيار الشرط في الأيام الثلثة لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة وفي الآخر مشتر فشرط الخيار للنفس فيتمكن من
رده وإذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد أحدهما وإن اختار أحدهما
لزم عقده لأنه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا فإن ضاع منه بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري
في الأيام الثلثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما وأما بطلان خيار الشرط فلما
تقدم من أنه لا يورث وأما خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير فإن قيل هل العموم قوله من له الخيار فيه
قلت كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين قد يكون للبائع فإن الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحسانا
كان أو لا إذا شاء يحتمل في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على
خيار الشرط وذكر في المجرد أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما جوز بخلاف القياس باعتبار
الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يثق برأيه وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة
له إلى اختيار الأرفق إذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع إلى مقتضى القياس ولم يذكر محمد
لا في جوامع الأصل ولا في الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة والتركيب
الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففي بعضها
اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى المعذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز وأثبتها فخر الإسلام وقال في وجه
المجاز أن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعا قال اشترى ثوبين وقال غيره هو من قبيل إطلاق الكل
على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج إليهما وإن كان من أحدهما قال
ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى بجنبها في مدة الخيار فأخذها
بالشفعة فذلك الأخذ رضا يسقط به الخيار لأن أخذه بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختيار الملك
لأن طلب الشفعة لا يثبت إلا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك يقتضي الملك
ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية
وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة لأن خيار المشتري يمنع دخول
المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فإن المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ
بالشفعة ويسقط بذلك خياره لأن الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والإنسان لا يدفع ضرر الجار
في دار يريد ردها قال شمس الأئمة أما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لأنه مالك للدار
المبيعة وأما عند أبي حنيفة فلأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون
المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما فإنهما يستحقان الشفعة بها كالمأذون المستغرق
وإن لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لم يصر أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها
فبيعت بجنبها أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لأنه لا يسقط بصريح الإسقاط بدون الرؤية
فكذا بدلالته فلا وسيأتي قال وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار ثلثة أيام فرضي
أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يرده وكذا إذا اشتريا ووجد
أحدهما بعيب فيه وكذا لو اشتريا ولم يرياه ثم ظاهره أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما وكل ما هو

ثابت لكل واحد منهما لا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه وفيه نظر لأنا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل
واحد منهما ألا يرى أن من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لأحدهما أن ينفرد دون الآخر وله أن المبيع خرج
عن ملكه غير معيب بعيب الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فإن البائع قبل البيع كان يتمكن من الانتفاع متى شاء
وبعد إذا رد البعض لا يتمكن إلا بالمهايأة والخيار يثبت نظرا للمتعاقدين على وجه لا يلحق الضرر بغيره وأما قيد الضرر
بالزائد لأن في امتناع الرد ضررا للراد أيضا لكن لا يلحقه من الغير بل بعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول
فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع وأنجع من الحاصل من نفسه فإن قيل بيعه منهما رضى منه بعيب التبعيض أجيب
أنه رضي به في ملكهما لا في ملك نفسه فإن قيل حصل العيب في يد البائع فيتملك لأن تفرق الملك إنما هو بعقد
قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده
بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد فإذا امتنع ظهر عمله وليس من ضرورة إثبات
الخيار لهما الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما لأن ذلك من لوازم إثبات الخيار لهما
لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال ومن
باع عبدا على أنه خباز أو كاتب رجل اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة
ما يسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين رده إذا لم يمتنع الرد بسبب من الأسباب
فإن امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا أو خبازا على أدنى
ما ينطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد
ويقوم غير كاتب وخباز فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع بذلك عليه أما الرد فلأن هذا الوصف وصف مرغوب
فيه وهو ظاهر احترز به عما ليس بمرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم فإنه لا يوجب الخيار وكل ما
هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لأنه لا يرجع إلى صفة الثمن أو المثمن كان ملائما للعقد ألا يرى أنه
لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا ونوقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على
أنها تحلب كذا فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط
مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول إلى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد
لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمنا ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا إلى معرفته سبيل
بخلاف ما نحن فيه فإن ذاته يأنس بالخبز والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلة
فقد يكون ولدا لا يعلم حياته وموته ولا سبيل إلى معرفته وإذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لأن المشتري
ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لأن هذا الاختلاف أي الذي يكون من جنس
الوصف المرغوب فيه هنا راجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه فكان
كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل قضاء الأصل أن الاختلاف الحاصل في الوصف إن كان مما يوجب التفاوت
الفاحش في الأغراض كان راجعا إلى الجنس كما إذا باع عبدا فإذا هي جارية ويفسد به العقد وإن كان راجعا
إلى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وأما أخذه بجميع الثمن فلأن الأوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد يدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم باب
خيار الرؤية قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه إذ كان مانعا من تمام البيع وذاك خيار

العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك
الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كفي وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية
المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذلك العين الغائب المشار الى مكانه وليس
في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار ولانه
كالاسناد يعني هو مجهول لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اي بالاجماع قال الشافعي البيع مجهول مجهول
لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه وهو نص في الباب
فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند
العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا
رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها
فاسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك ولقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم
لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى
المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة بمقتضى خياره وانما افضت اليها لو قلنا بتمام
العقد ولم نقل به وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم
عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع وعورض بان البيع
نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا انتفى
عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا انتفى فسد واجيب بان المعارضة
ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضائه بالجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك قوله
وكذا اذا قال رضيت تفريع على مسألة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ثم
رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط
بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادى
الى ابطاله كان باطلا قوله وحق الفسخ جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ
قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار لكنه ثابت فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق
الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرما لجهالة تخلخل رضاه بذلك الا ترى ان لكل واحد من العاقدين في عقد
الوديعة والعارية والوكالة ان يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار ولا شرط ولانه بخلاف
فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد
باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط اللازم فهو
شرط الملزوم وقوله ولان الرضا بالشيء جواب آخر وتحقيقه ان الاسقاط والرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل
العلم باوصافه لان الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا
وهو لا يحتاج الى معرفة الحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور
لان عدم الرضا قد يكون باعتبار مال الامر انتفاء احتياجه الى المبيع او عدم تمنه او استغلائه فلا يستلزم

الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على
الاجارة وهو المختار للنص قال ومن باع ما لم يره بان ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له
(وقال بعضهم يصح دون الاجارة)
وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا
فهو بالخيار ان شاء تجوز وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد المبيع لانه اصل دون
الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وهذا لان الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام
الرضاء زوالا اي من جهة البيع وثبوتا اي من جهة الشراء وتمام الرضاء لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك
بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دقائق لا يحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضيا بالزوال فيكون العقد
غير لازم من جهته فله الفسخ وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه كما تقدم فان قيل البائع
مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري
باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده لرده باعتبار ان المبيع
ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق
به فيلحق المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وهو هنا وجد القياس على المشتري في الخيارين فليخرج
من البائع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع
باطل وتحكيم جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكره احد فكان اجماعا على ما ذكرنا فيه
المعنى فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة رحمه الله حين بلغه الحديث قال ثم خيار الرؤية غير
موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه
لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت
حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار
الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا تصرف في المبيع بما يمتحن
به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار وهو لا يبطل فان الخيار لانها امكان الرد عند
عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يمتحن به مرة ولا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل به
غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها لحصول
الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحيتها للوطء يعلم بالنظر لكنه
لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختيارا قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان احديهما انه لو اشترى دارا
لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط
والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في
فتاوى قاضي خان واجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا
فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلا يكون
لا يعمل في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل
خيار الشرط من تعيب في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع او تصرف يبطل خيار الرؤية
وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع

ليسا منها فلا يكون وارداً ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها
وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها اما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي
يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان
هذا التصرف يعتمد الملك وذلك التصرف في العين قايم مقام الرضا ويفيد نفوذه وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع
فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او
مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين احدهما
ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف حكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات اما ان يكون
صريح الرضا او دلالته وكل واحد منها لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطلته واجيب عن الاول بانه
ذكر فيها امكان العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها من اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد
صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم يكن من ضرورة
صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم
محال واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم
لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا اي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية
فدلالته اولى يعني اذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع قال
ومن نظر الى وجه الصبرة اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون
متفاوت الآحاد اولا فذلك اقسام ثلثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية
لان رؤية الجميع قد يكون متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك
في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او لم يفسخ وفي الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان
النظر الى عورتها واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر وقع
حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البايع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما
يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبطيخ والجوز
فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا يعرف الباقي لتفاوت في آحاده وان كان
الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المص يكتفي برؤية واحد منها
فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج والنظر الى ظاهر
الثوب مطويا مما يعرف البقية الا ان يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الآدمي
بطل الخيار لانه هو المقصود في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له الا يرى انه يتفاوت القيمة بتفاوت
الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في
الدواب هذا هو المروي عن ابي يوسف وشرط بعضهم رؤية القوائم فان كان المكيل والموزون والعددي
المتقارب في وعائين فرأى ما في احدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رأى او دونه بطل الخيار وان كان دونه فهو
على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا يتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم او للقنية الى الجدة
والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد

من الذوق

من الذوق لانه هو المعرف للمقصود قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له ولو رأى صحن الدار وخارجها ورأى
اشجار البستان من خارج يسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان
من الجذوع والاسطوانات وقد يسقط رؤية الكل فما كان رؤيته ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في
الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة
والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت
والاصح ان جواب الكتاب اي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالصغر والكبر
وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم في ديارهم
فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في الابنية التي تعلم بمرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع
العلم بالباطن وبه نأخذ قال ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري
لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او
امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع
وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علم الوكيل او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا كان عيبا يعلمه
الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري وله ان يرده
ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المص بقوله معناه الوكيل
بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه قال انه وكل اي قبل
الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكانه فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف
فيما لم يتوكل به فصار كما اذا اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا وانا عيبه لم يسقط خيار العيب
للموكل وكمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع
فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل ابي حنيفة رح مبني على
مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور قوله وهذا
اشارة الى نوعه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية
لان تمامها بتناهيها في اللزوم بحيث لا يرتفع الا برضاء او قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان من ذلك
واذا ظهر هذا قلنا الموكل يملك القبض بنوعيه وكل من يملك بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه
فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل
ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة اجاب المص بان الوكيل اذا قبضه مستورا
انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاط وفي هذا الجواب تعرض الى رد ما سها على
التصدق والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا ولكن اسقاط
الخيار في القبض التام يثبت للوكيل ضمنا في المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط الخيار
بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من فرع كل شيء توكيل باتمه لان ما لا يتم
الواجب الا به فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة
حيث لا يرتد الا برضى او قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض

ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة وفي موضحا
ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يتعد التوكيل بالقبض الى اسقاطه ولا
يستبد به فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح معترضا عليه لانه على هذا الخلاف ذكره القدوري ان من
اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعدما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم فبقاء الخيار فالموكل
لا يملك القبض التام لانه تمامه بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط
لان الاختبار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك
الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان تمام
ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال
وبيع الاعمى وشراؤه جائز بيع الاعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي هو ان كان بصيرا
فكذلك الجواب وان كان اكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة
الناس العميان من غير نكير وبان من اصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الامر به لغيره فاذا احتاج الاعمى
الى ما ياكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا انه اشترى
ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لان قوله لم يره
سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة
العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بما يباشر ما هو سبب العلم بالمقصود
فان كان المبيع مما يعلم بجسه سقط خياره بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات وان
كان شجرا او ثمرا على شجر او عقارا فانه لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال
بعض المشايخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم او وصف له او وصف وسكت وقال رضيت سقط
الخيار وروى عن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال رضيت سقط خياره
لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى مقام القراءة والحلق و
الهداية يدل على انه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري
الشيء لم يره فيقول قد رضيت فان له ان يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيت لم يكن
له ان يرده وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل
قال وبه ناخذ وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض
كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو
اشترى بصير ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان التنقل للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى
وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية قال ومن رأى احد ثوبين فاشتراهما قد تقدم ان في
الجمع بين الاشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا
اذا رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء كيلا يلزم
تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده لكونه
فيها تامة فيتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه

فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه السلام عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهي عنه و
ردهما جميعا ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده
فما وجه ترجيح حديث النهي على الحديث واجيب بان موجب النهي ثابت في جميع صوره وموجب الحديث ليس كذلك فانه
يبطل الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبر والمطلق راجح وبانه محرم والمحرم راجح على المبيح او لانه ناسخ
عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ وبان الرد كما يجب ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين
لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى قيل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيدتم بما
قبل التمام فيكون تركا للظاهر وهو مرجوح واجاب ان النهي انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام
بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار
بالبائع بجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد ترويجا للرديء بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما
تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي
وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا يتفرد برد الآخر ايضا لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام
لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان
ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار
الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد
الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رده وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم
البائع قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة
وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى
اعادته قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة
التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف
ثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة وثبت احد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك
الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان
رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة
لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل ولم
يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضا به وحيث
لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه
لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة
وكل منها عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من
المعقود وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع الثابت الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد
ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض قوله الا اذا بعدت المدة
على ما قالوا الى المتاخرين استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه لا يكون القول قوله لان الظاهر
يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال الآخر

لو كانت جارية شابة ذاهبا فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك لو
بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية الشيء
فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله
مع يمينه قال ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند
ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو
مراد المص لانه لو لم يقبضه لم يجز تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا
منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وقبضه نظرا الى العدل وانث في قوله
نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق مثلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط
فقبضه وباع ثوبا منه او وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام
لان الخيارين يمنعان تمامها كامر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض فيه وضع المسئلة لانه
لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رده المشتري
الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار
الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف انه
خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رح

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام و[اضافة]
الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من
العداء بن خالد بن هوذة عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وفسر الداء فيما رواه الحسن عن
ابي حنيفة بالمرض في الجوف والكبد والرية فان المرض ما يكون في ساير البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد
والرية وفيما روي عن ابي يوسف انه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة
هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة
يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر
بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى
وصف السلامة كان مستلزما له واذا كان اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد
اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف وصف ذا العيب انما يكون
بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن السوداء
والاصبع الناقصة والسن الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع
الحيض في اوانه والزنا والتولد من الزنا في الجارية كل ذلك فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان
الثمن اما ان يقابل بالاصل والوصف او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لعدم
المزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث قوله في مجرد العقد احترازا عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول

كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله دليل آخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان اي قيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم
يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيا له وعدم رضاء البائع بزوال المبيع
لوجود البيع فيكون الرضا على البائع بالبيع فهو من الضرر لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالبيع ايضا لكن يمكنه
رد المبيع بدون ضرر فلا ضرورة في اخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر لما انه
الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما ثبوت الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع
كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانه لا يخفى ما بالصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري
فانه ما راى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار
عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضى ورؤية العيب عند احدى الحالتين رضى
بالعيب دلالة قال وكل ما اوجب نقصان الثمن عيب المطلوب هنا اصل الضابطة الكلية وذكر المص ضابطة
كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان
التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال والاباق
والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير الذي لا يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية او بالعكس
فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى في السفر وما دونه فيستويان فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس بآبق
وان اختفت ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان بات احدهما فليس بعيب واذا بال
في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من مولاه او غيره فكذلك لاختلالها بالمقصود
لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظه على الدوام ويقطع يده في سرقة مال الغير فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى
وغيره الا في ماكولات للاكل فان سرقها من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع
والمشتري في حال صغره فهو عيب يرده واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك واما اذا اختلف فكان عند
البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرده لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في
الكتاب قال والجنون في الصغر عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط
الحالتين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة ثم عاوده
عند المشتري في كبره يرده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست بشرط كما ذهب اليه شمس الائمة الحلواني
وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على ان آثاره لا ترتفع وذلك يتبين فيما لقي عينيه لان الله تعالى قادر
على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد بالمعاودة وهو المذكور في
الاصل والجامع الكبير قال والبخر والدفر عيب في الجارية الدفر رائحة موذية تجيء من الابط والذفر بالذال
المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر وابط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب
في الجارية وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية لاخلاله بما هو يكون مقصودا وهو الاستفراش
وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه قد يكون
من داء والداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش
والثاني بطلب الولد فان الولد يعير بذلك وليسا بمخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون ذلك
من عادة له فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو مخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما الكفر

عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والعرق الى الحجبة يؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤدي في نقصان
الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفها في كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارة في اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة
فان اشتراه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عندنا لانه زوال
العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اذا اشتراه على انه كافر
للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرده لانه فات شرط مرغوب
لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة
ولا عبرة بها في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي تقطع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر
فيها عند ابي حنيفة رح وادعى المشتري بعد شهر [illegible] فيما ادعى عن ابي يوسف او ادعى اربعة اشهر
فيما روي عن ابي يوسف محمد او سنتين فيما روي عن ابي حنيفة وذكر بعضهم انها لم تحض لحبل بها او للداء كان
ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل فيه قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع خصومته وفي الداء
قول الاطباء وقيل فيه قول عدلين وقال ابو الليث يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بان يكون الدعوى بعد المدة
المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل
الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت
المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة
في التي خلقت على السلامة الحيض او انه المعاودة على وجه لا ينعدم فاذا جاوزت اقصى العدد وهو سبع
عشرة سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع
والاستمرار بقول الامة فان انكر البائع ذلك لا يرد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف
البائع فان نكل يرد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء
فيما لا يطلع عليه الرجال معتبرة في توجه الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة
وشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان ينفسخ بشهادتهن قال واذا حدث
عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع
فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فان كان بينهما نصف عشر الثمن ونحوه
او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لخروج المبيع عن ملكه سليما عن العيب الحادث
وعوده اليه معيبا به اضرار والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البائع ولا يجوز ان يعود الى
المشتري ايضا بتضرره بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين
الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما ان للمشتري ان
يرضى ان يأخذه بعيبه القديم فان قيل اين قولكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت
مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وهاهنا كذلك قال ومن اشترى ثوبا فقطعه
ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث فان قال
البائع انا اقبله مقطوعا بعيبه والمشتري يريد رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع
عن تدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في دفع الرجوع

بالعيب نظرا لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار بالبائع لا يعمل بالشيء ونفي الرد وان كان اضرارا بالمشتري لكن
يجبر بما بالشيء فكان سواء فاعتبر ما هو النظر لهما الا اذا قال البائع انا اقبله كذلك فان ذلك لان الامتناع كان
لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه
وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابي حنيفة رح اجيب بان النحر افساد والبعير لا يصير
بعرضة للنفق والافساد وهذا لا ينقطع به الرد في بعير فيخل معنى قيام المبيع فان باع المشتري بعد القطع
ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه تعذر ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البائع فان المشتري
يصير بالبيع حابسا للمبيع ولا يرجع بالنقصان اذ لو لا امكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب
وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة
لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك منه
واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع يكون
فليس للبائع ان يقول انا اخذه فيتعين الرجوع بالعيب دفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من الاصل
كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا تحققت
تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة
من المبيع او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ
تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع عنه بالامر التفصيل وغير المتولدة كالكسب لا تمنع
طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينها ان الكسب
ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان وهكذا كان منافع الحمل الا وان لم يكن تحتها ولا
متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم مجانا لما فيه من الربا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب
المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا
يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون
المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون
المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب ومن هذا اي مما قلنا
ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا
وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه
لباسا لكان له الولد فقد يجيء الاجد فنزل الخياطة بنفس الايجاب سوق ماشيه بالقيام بيد الصغير والقطع عيب حادث
وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك
له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب ونظيره اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر في اطراف
هذه المسألة ليس يحتاج اليها انه ذكر في مقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لانه
القطع عيبا حادثا فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرد حقا للشرع بسبب الزيادة والتمليك والتسليم
بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله ونظيره اذا باع بعد الخياطة والصبغ والبت قال
ومن اشترى عبدا فاعتقه المشتري عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلانه

الملك ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد تقرر لامتناع الرد فيه واستمر المشتري بالعيب بفعل وهو الموت فيرجع
بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بنقصانه
وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب واجيب بان امتناع الرد هناك
بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا وفيه بحث لانه
يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق ان يقال انه اجاب عدم الرد في الصبغ بما حصل من
فعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه
لا كسب بسبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه في يده حكما وفيه الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان
يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق
والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند
الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الا ترى ان الولاء يثبت
بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان النقل
الى ملك البائع تعذر بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما
فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرر الملك بجعله باقيا كان لم يكن باقيا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه
على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء
الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به وان قتل المشتري
المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في النافع قول
محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يعتد به الا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على
فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج
اي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا
بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن احد الشريكين اذا كان معسرا فقد
تخلف عن الضمان فلم يصر به مستفيدا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا
يرجع عند ابي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فاشبه الاعتاق
ولابي حنيفة ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس يوجب
الضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فصار كانه عوض سلم له والجواب عن قولهما انه يقصد بكونه
مقصودا لان المبيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب
عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف ومحمد انه روايتان في رواية
يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع
الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما
قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكل وفي بيع البعض منهما روايتان في احديهما لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة
وهو المذكور هنا لان الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض
ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او القثاء

بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتنا او مرا او خاويا بحيث
لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب فلم يتناول المشتري شيئا بعد ذوقه فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر
انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في المآل والمذكور ليس كذلك وتبطل من الشيء باعتبارهما فان ذاقه وكسر
ما لا يعيبه صار راضيا واذا صلح لاكل بعض الناس او الدواب او وجد قليل الفساد من الجوز لا من الفساد و
تناول منه شيئا بعدما ذاقه فقد صار راضيا واذا لم يمكن ذلك لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التفصيل يبيع
في الجوز لان قشره لا قيمة له وانما الجوز قد يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان
يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفة المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب
الثمن بمقابلة ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان
اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان البيع مبنيا على المالية
قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرده لعيب بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب
دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي له ان يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليط
فكان التسليط على الكسر من المشتري لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك
المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجد به عيبا فانه يرجع بالنقصان
وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فان كان الفاسد قليلا كالاثنين في المائة او كثيرا
كالفرد في الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البائع لاجله لان الاقدام على العقد الظاهر رضا
الرضاء بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو من هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك
مفسد للعقد كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي او بغير قضاء فان كان الاول فاما ان يكون باقرار ومعنى القضاء
في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج
الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرده عليه باقراره بالعيب وحق البائع
ان يرده على بايعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل
فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب شبهة
بما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية الامر
انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر
ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله
بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما
نحن فيه بيعان ويرد احدهما لا يرد الآخر وان كان الثاني فليس له ان يرده لانه اقالة وهي بيع جديد في حق
ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان
يرده ما كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط
او خيار الرؤية وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة او
الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث فقد

رده بغير قضاء فليس له ان يرده على بائعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكره في بعض روايات البيوع والاصل
والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة لاعتماده التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما و
البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول فلا يخاصمه قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى
عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام
المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن او المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما
يمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لانه باليمين يتوجه الاجبار واما بالنسبة الى الثاني
ليس بصحيح لانه باقامة البينة يتقرر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا بوجه بان فيه ضربا من الحذف كما في علفتها تبنا وماء باردا
تقديره وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع
الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان لكل واحد من الحلف واقامة البينة حكم
وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في الشرب كما يستعمل الطعم في الشرب قال الله تعالى
ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار لان المشتري ذكر اللازم و
الملزوم كناية والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم قوله لانه انكر وجوب
دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار ولان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار
تعين الحق انكار لوجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس الا ليتعين حق البائع بازاء تعين
المبيع حيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السليم فقد انكر علته وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة
انكار المعلول فانتصب خصما ولا يتوجه من حجة وهي اما بينة او يمين البائع فان قيل في هذا التعليل فساد
الوضع لان صفة الانكار يقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا
بصورة من يدعي ما يوجب دفع وجوب الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا قوله ولانه لو قضى بالدفع فلعله
آخر شيء جواب ما قيل الموجب للجبر هو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم
والموهوم لا يعارض المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي صيانة
القضاء عن النقض فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال فان قال المشتري
شهودي بالشام اذا طلب من المشتري البينة على ادعائه فقال شهودي غيب استحلف البائع فان حلف دفع
الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرر له ايضا اجاب المصنف بقوله
وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني هو يتمكن من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من
الاول لانه يلزم اقرار المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار في
الحجة هنا يندفع موقتا بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والاخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي
هنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة
الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك باطلا فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل لزمه العيب
لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء
الستة عند ابي حنيفة قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اذا ادعى المشتري اباق العبد المشترى وكذبه
البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه

ويقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحال التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا او الابراء
وان انكر وجوده عنده او ادعى احداثه الحادث قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن
بينة وطلب اليمين يستحلف انه ما ابق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول
البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض و
انما يكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة انما يقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع
بل هو اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني ان سلامة الذمم عن الدين اصل والشغل به عارض كما ان السلامة
عن العيب اصل والعيب عارض فاي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان
القاضي يسمع دعواه ويامر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول بان اقامة هذه
البينة من تتمة اقامة البينة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من ذلك الا بهذه فكان من المدعي بهذا الاعتبار
وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا
يجد بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه
ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالنظر عن آثاره وان لم يعرف الا بالآثار امكن التوصل
عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا فاذا اقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد
باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب هنا الجامع الصغير وان شاء
حلفه بالله ما له حق الرد عليه من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به
هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب الرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه تضرر
المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه ربما يتوهم تعلقه بالشرطين جميعا فيجوز ان
يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا فهي وجوده في احدهما
يكون بارا لان الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين اشارة الى ان
تاويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك بما ذكر لان شمس الائمة ذكر هذه العبارة في التحليف و
قال انهم قالوا النظر للمشتري يقتضي اذا استحلف بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي انه لا
البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا فقوله
الذي قول في عبارة المص تسامح لانه قال انه لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه
بالشرطين فيتاول وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التاويل صحيحا كان التحليف به جائزا
ويحلفه في قول لا يحلفه الا اذا عمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه
وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علما بذلك
فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله
انه ما يعلم انه ابق عند المشتري هل له ذلك او لا قيل يحلف ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في
ذكره الطحاوي وهو مختار المص وقيل لا خلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة
وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولابي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه ان

الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا يصح الدعوى الا من الخصم ولا يصير المدعى والمشترى هٰهنا خصما الا بعد قيام الحجة الشرعية وقد عجز عنها ولانّا ان كل ما يترتب عليها البيّنة يترتب عليها التحليف فانّ دعوى الوكالة يترتب عليها البيّنة دون التحليف والبيّنة لا يستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقبل بلا دعوى فيه اصلا كما في بخلاف التحليف والفرق انّ التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم ولن يكون المشترى هٰهنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البيّنة هٰهنا فمشروعة لا ثبات كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على اثبات على ما تقدم قال المحرر ان كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا ابق في يد المشترى بعد البلوغ وقد كان ابق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا من اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله فيتضرر به قال ومن اشترى جارية وتقابضا ومعنى اشترى جارية وتقابضا بعد ان تبايعا بالثمن والمبيع فوجد المشترى بها عيبا فقال البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه امين او ضمين كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت منى غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جاريتين فقال البائع قبضتهما وقال المشترى ما قبضت الا احديهما فالقول قول المشترى لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل هٰهنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وحاصله قال لآخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما ولم يسلم فوجد بالآخر عيبا فليس له ان يرد المعيب خاصة بل ياخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لما ان تصرف المشترى بالمبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة ومالم يقبض الصفقة بقبض بعضه لا يتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرنا يعنى قبيل باب خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اى التفريق قبل القبض لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هٰهنا قال ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشترى بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابى يوسف انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل وهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردى فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعد التمام جائز بخلاف خيار الرؤية والشرط فان

الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشترى عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتعذر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشترى لا يقال لو كان كذلك لزم ان يتمكن من رد المعيب قبل قبضهما لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز وقيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن كزوجى الخف ومصراعى الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثوبين فتالف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله وهذا اى ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا يتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشترى ان يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان ونعني يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعائين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعائين هو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع وجه الظاهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد كالكر ونحوه واما فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشترى وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن ابى حنيفة وابى يوسف وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يعد التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق ومنع لانهما في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا ومنع ليرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يمتنع والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الا رد الكل او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد الافتراق بقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضاء العاقد لا المالك وهذا اى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضاء العاقد وقبضه المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشترى ثم استحق بعض الثوب فللمشترى الخيار في رد ما بقي لان التبعيض في الثوب عيب لانه يضره ماليته والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشترى وهذا يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف بقوله وقد كان وقت البيع حيث انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف الكيل

والموزون فان قبض البعض ليس بعيب فيهما حيث لا يضره التبعيض لكلام المص رح يجد حكم العيب والاستحقاق سيّان
النقض في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك
قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ويجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون
لانه ذكر في العبدين وهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر وفي المكيل والموزون رده كله اي
اخذ ورده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له فيما بقي قال ومن اشترى جارية
فوجد بها قرحا فداواه المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته فهو رضا بالعيب لان
ذلك دليل قصده للاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لانه نقيضه وهو قيام العيب شرط
التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد
بذلك العيب ولا بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف
خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها
او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون لا بد له او لا لانه في الرد
سبب الدابة وهو الحفظ من حدوث عيب آخر واما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة
الدابة لكونها شموسا او العجز عن المشي لضعفه او كبره او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا
لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضا لانه حينئذ يمكن بدون الركوب
قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم المشتري به لا وقت العقد
ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي
حنيفة وقالا لا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب
كان في يد البايع من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي
الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينعقد العقد فيه لانه يعتد
لكنه متعيب لان مباح اليد او الدم لا يشترى كالسالم لانه اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع فالبيع
المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة
القطع فان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الموجب فكان كعيب حدث في يده وصار مانعا من الرد
بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض
فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد
البايع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق
فصار كالمستحق والمستحق لا ينافي العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله او لانه باع
مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده فصار كما اذا غصب عبدا فقتل
عند الغاصب او جلد حدا فرده على المولى فمات منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب
والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع على البايع بكل
الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا انقطع من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت
التلف وهو حصل عند المشتري وهنا سببهما القتل لا ازالة في المالية بانه كذلك كان استحقاق النفس بسبب القتل

والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان يعني ملاك العلة وهي تقوم مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه
المالية صارت المالية كانها هي المستحقة واما اذا مات في يد المشتري فيقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم
الاستيفاء فلهذا هلكت في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم
الاستيفاء دون غيره كمن كان له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل
من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البايع ثم في
يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد البايع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان
كما ذكرناه آنفا وعند ابي حنيفة رح لا يرده الا برضاء البايع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة ثم
ثم الامر لا يخلو من ان يقبل البايع كذلك او لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البايع بربع الثمن لانها
قطعت بالسرقتين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلثة ارباع الثمن لان اليد نصف الآدمي وتلفت
بالجنايتين وفي احديهما الرجوع على البايع فينقسم النصف عليهما نصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البايع
لرد العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البايع فقبله البايع كذلك
رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى جريانه
مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل انا تذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق سيّان
قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فالذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا
الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام
فعسى يكون شبهها بين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير مستند ولم ينتقض القبض من الاصل لما رآه قال
ولو تداولته الايدي يعني بعد ما سرق العبد في يد البايع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع في
يد الاخير يرجع الباعة وهو جميع البايع كالحاكم في جميع ذلك بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رح كما في الاستحقاق
لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه كما في العيب لانه بمنزلته وههنا لان الرجوع
الاخير لصاحبها بشيء حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب لما تقدم وقوله
في الكتاب اي قول محمد رح في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب
والعلم بالعيب مسقط ولا يفيد على قول ابي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله
في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب لانه
لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند
العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به وقت الشراء
قال شمس الائمة اذا اشتراه وهو حلال الدم ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده
لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق
والاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم
بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته
لابي حنيفة لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك او جاهلا
قبل القبض وبعده وههنا لا يبطل البيع والجواب ان كونه اصح او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة

النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز ان يكون من حيث الدليل فيه النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه يرجع
العيب او انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق
بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراه قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فالبيع بشرط البراءة عن كل عيب
صحيح ولا يرد بعيب وان لم يسم العيوب وعددها او لا علم البائع او لم يعلم وقف عليه المشتري او لم يقف اشار اليها ولا موجودا كان
عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل
الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وقول زفر والشافعي ومالك وقالوا اذا كان مجهولا فسخ البيع و
الشرط وقال الشافعي لا يصح البراءة عن كل عيب ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا يصح
البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابي حنيفة فقال له ابو حنيفة
ارايت لو باع جارية في الذي منها عيب اكان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارايت لو
ان بعض حرم امير المؤمنين باع عبدا به اثر ذكره بعضها اكان يلزمه ان يري المشتري ذلك وما زال يحتج عليه
ويخجله الخليفة فما ينتفع به الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب فالبيع فاسد في قول الشافعي
والبيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى التمليك
ولهذا لو ابرا المديون عن دينه فرد ابراءه لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط
لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء بان يقول اسقطت عنك ديني ولا يرتد بالرد ولهذا
لا يتم بدونه والاسقاط لا يفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التمليكات لفوت التسليم
الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده
وهو لا يدري عددهم قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره ان ذلك
لما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساده ما قلناه لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالة لا يبوت
التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي في ضمنه التمليك والمسقط متلاش لا
يحتاج الى التسليم اولى وجه قول محمد ان البراءة يتناول الثابت حالة البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم
ام لا واي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف يقول الغرض من هذا الابراء الزام العقد
باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث
فان قيل لو نص به بالحادث فقال بعت بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث العيب فالبيع فاسد بالاجماع والحكم
الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف
خلافا لمحمد سلمناه ولكن نفرق بان ظاهر اللفظ ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وفي
يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول انه مشترك الالتزام
في الاسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احترازا عما لو قال بعت هذا العين على اني بريء من كل عيب به
فانه لا يبرا عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

تاخير غير الصحيح عن الصحيح لعدم يحتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه
بتعدد اسبابه والباطل منه ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو الصحيح اصلا لا وصفا وكلاهما او وردت خلاف في
ركن البيع وهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن

لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصيل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهي التي مات
حتف انفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين
سماوي وانما قيدنا بقولنا حتف انفه ليخرج المنخنقة واشباهها فان ذلك عندهم كالذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما
بينهم جاز ذكره في المبسوط والمجتبى وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست
بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر
والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض اهل
الكفر وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها في حق المسلمين لكونه
متمولا كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى
تاويل لكنه خلاف الظاهر قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد
فالباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك
المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ ابي نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن
ابي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر
والقبض باذن المالك فيكون امانة وعند بعض آخر منهم شمس الائمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد
انه يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء لوجود صورة العقد ههنا دون المقبوض
على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا
فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون
قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد
والمدبر على ما بيناه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض
باذن المالك باتفاق الروايات واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون
انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا
يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطي جارية اشتراها
شراء فاسدا وجاز اخذ الشفعة للشفيع في دار المشتراة بشراء فاسد وحل اكل طعام اشتراه كذلك
لان الملك مطلق له لكن ليس كذلك فالجواب انه لم يحل وطئها واكله ولم يثبت الشفعة فيما ذكرت لان
في الاستغال بالوطي والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير للفساد وتاكيد فلا يجوز وذلك
ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني
على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الامور
المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بان من اشترى
دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان ياخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية
بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم بيعا
فاسدا وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان منفذا على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما والتسليط
على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قيل وهو الاصح

واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري بقيمته اي في البيع الفاسد وفيه خلاف
الشافعي وستبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني كما ان البيع بهذه الاشياء
باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان كان
بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان
كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين
ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزوز يقابل قيمة لان الشرع امر باهانته
وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متقوما وفي تملكه مقصودا له
بجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المأمور به وبيانه ما ذكر بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير
فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور
به فسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف المأمور به وح يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب
بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر
فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت
التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا
والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية
رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان قال وبيع ام
الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسر بذلك لئلا يتوهم
انه يفيد الملك باتصال القبض ولا امر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكر بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت
الى آخره وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية
لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم
اعتقها ولدها فينتفي الآخر لا يقال وهو متروك الظاهر لانه موجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على حقه فلا
يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين
ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبباهما وهو البيع واحد المتنافيين
وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول
باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان
الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة
الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على
لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ
الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته
على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وح يبطل بيع القن المضموم اليهم في
البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية للبيع اصلا
بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين وهذا

جاز

جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا
في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء
جائز بخلاف الحر فانه لم يدخل لعدم المحلية لان البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما يجيء قال ولو رضي
المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه
كان لحقه فلما اسقطه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع ووقع في الفوائد الظهيرية والمراد من المدبر
هو المطلق دون المقيد بالتغيير لان في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم فيه وان مات ام
الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا
ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في المدبر وفي المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن
بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم
لماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان كان
ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لابد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار
فاذا لم يكن محلا للبيع اندرئت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر
وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر
آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع
وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا
يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المراد هو القبض لا الدخول في العقد ولكن
ولابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام الولد
والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله وليس دخولهما
جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان ما يدخل الدخول لا بحقيقة نفس الداخل جاز ان يكون
تابعا الى غير كثبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا
مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح
البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد وبيع السمك قبل
الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان تكون صغيرة
او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت
صغيرة جاز لانه بيع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك
يتفاوت خارج الماء وداخله وكان المشتري لم يره قوله الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة
اذا كانت صغيرة يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز
لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل
فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها لا بمجرد الاجتماع فلا كما لو باض الطير في ارضه
او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا اعد الحظيرة له فانه يملك بمجرد الدخول بلا مراد
بحرزه او يهيئ له موضعا لان الفعل اذ ذاك قائم بالعدة على وجه القرار فصار كالمحرز ثابت فيها بخلاف ما

الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها على وجه القرار قال ولا بيع الطير في الهواء بيع الطير
على ثلثة اوجه الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بعد ان اخذه وارسله
من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجئ كالحمام وهو ايضا لا يجوز
في الظاهر وذكر في فتاوى قاضي خان وان باع طيرا له في الهواء وان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على
اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولا النتاج اي نتاج الحمل وهو حبل الحبلة وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن
اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل والمراد حبلت عليه الناقة
اشتغالا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية
يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه قال في المغرب
في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء
قال ولا اللبن في الضرع للغرر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلثة للغرر لجواز ان يكون الضرع
منتفخا بغير لبن والغرر منفي عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع
يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة فيعدم ما عقد عليه
فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بالعين بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع
وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان لانه وصف محض بخلاف ما يكون
متصلا بالشجر فانه عين مال معقود عليه فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو
مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الا
حتى لو ربطت خيطا في اعلاها وتركت اياما نبقي الخيط اسفل مما في رأسها الآن والاعلى ملك المشتري
وما وقع من الزيادة وقع في ملكه اما الصوف فانه ينمو من اسفله فاذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم
ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل الفصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان الفصيل
وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع واما القطع في الصوف
فيتعين اذ لم يعهد فيه القلع اي النتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي صلعم
نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف فيما يروى
من جواز بيع الصوف على الظهر قال وجذع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب
يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع اولا لانه لا يمكن التسليم الا بضرر
لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض ضرر
كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولو لم يكن الجذع معينا
لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد
البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البزر في البطيخ لم يصح وان شقهما
واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اي هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة
في سنبلها وانه بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز اجيب بان جوازه بال

لانه ما يوصف به الحيوان م

حنطة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فارق الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة
فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا لتصحيح لفظه واما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن ثم
المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن
فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور ليس بمبيع وهذا قول من يرى تخصيص العلة والمنع وطريق من لا يرى
ذلك عرفت في اصول الفقه قوله اما الجذع فعين موجود اشارة الى اتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع
المعين في السقف بان الجذع معين موجود اذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع
جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان
الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا
فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا لانه اعتبر
عاجزا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال
بينه وبين غيره بعارض من فعل العباد والعجز عن التسليم حكما لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا
قلع والتزم الضرر زال المانع فيعود وبحث تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال
وضربة القانص القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها عليه وفي تهذيب الازهري عن ضربة القانص ضربة الغائص وهو
الغواص على اللآلي وهو ان يقول اغوص لك غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو
انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيء قال
وبيع المزابنة النزع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع التمر بالثاء المثلثة على النخل
بتمر بالتاء المثناة مجذوذ مثل كيله على النخل من التمر حزرا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا
حقيقيا لم يبق ما على الرؤوس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذي يقابله من المجذوذ لا يجوز لان النبي صلعم
نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا
بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على
الارض وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون
خمسة اوسق قوله في مقدار خمسة قولان استدل بان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص
في العرايا وتفسيرها بان يباع التمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق والشك المتفيد
في قوله بخرصها على ارجح الشيئين وقلنا بالقول بالموجب وبيانه نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
رخص في العرايا فان الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها
العطية لغة وتأويلها ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه
كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك
تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وبه نقول لان الموهوب لم يصر
ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وتسمى بيعا
مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن

اوسق م

لغة م

الراوى ان الرخصة مقصورة على هذا القدر كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء فى حديث زيد بن
ثابت رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص فى العرايا فثبت بذلك
ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثانى انه جاء فى حديث جابر رضه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل
الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله فى المستثنى منه والجواب
عن الاول ان الراوى فى لا يوجب القران فى الحكم وعن الثانى انه على ذلك التقدير ينافى قوله عليه السلام
المشهور التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور قاض عليه **قال** ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة
اى ترجيحا وذكر فيها وسامها المشترى يعنى اسامها بيع الملامسة هو ان يتساوم الرجلان فى السلعة
فيلمسها المشترى بيده فيكون ذلك ابتياعا لها رضى مالكها بذلك او لم يرض وبيع المنابذة هو ان يتراوض
الرجلان على السلعة فيجب مالكها ان المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون
له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو ان يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها
تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها الرجاع فيها وهذه كانت بيوعا فى الجاهلية فنهى عنها رسول الله
وعبارة الكتاب يشير الى ان المنهى عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بها لانه فى معناهما
ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا يحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البايع للمشترى
اى ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واى ثوب لمسته بيدك فقد بعته واى ثوب نبذته اليك فقد اشتريته ولا يجوز
بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار ان يأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد
تقدم الكلام فيه **قال** ولا يجوز بيع المراعى لا يجوز بيع المراعى ولا اجارتها والمراد به الكلأ وهو
ليس له ساق من الحشيش كذا روى عن محمد وقيل ما لم يساق وما الشجر له ساق فهو كلأ وانما فسر المراعى بذلك
لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعى وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك للزوم
ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضى واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ
او لم يكن اما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلعم
الناس شركاء فى ثلث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع
بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة
من الاراضى المملوكة والاحتشاش من الاراضى المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول فى ارضه فان منع كان لغيره
ان يقول له ان لى فى ارضك حقا فاما ان توصلنى الى حقى او تحتشه فتدفعه الى او تدعنى آخذ كثوب لرجل
وقع فى دار انسان ان هذا اذا نبت ظاهر واما اذا انبته صاحب الارض بالسقى ففيه اختلاف النهاية ذكر فى
الذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان يأخذ بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدورى انه لا يجوز
بيعه لان الشركة فى الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ
فبقى على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلعينين احدهما وقوع الاجارة فى عين غير مملوكة
والثانى انعقادها على استهلاك عين مباحة وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب
لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباحة اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاجر المنافع لا الاعيان
الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ فى استيجار الصباغ واللبن فى استيجار

الظئر لكون اللبن للحضانة والظئورة ولم يذكر ان اجارة الكلأ وقعت فاسدة او باطلة وذكر فى الشرب انها
فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها **قال** ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو
يوسف رح لا يجوز بيع النحل وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا اى مجموعا وهو قول الشافعى رح لانه حيوان
منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه
غير ماكول لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام والهوام هى المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها كما
فى الجامع الصغير ارايت ان وجدتها عيبا ايكم يردها وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة لعينها
فلم يكن الانتفاع بما يخرج منه جواب عن قوله منتفع به يعنى لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث
منه وذلك معدوم فى الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن الحمر والجحش وان كانا لا ينتفع بهما فى الحال الا انها
ينتفع بها بعد ذلك بعينها بخلاف ما يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان
المخرج منه بان باع كوارة بفتح الكاف وكسرها وهى عسل النحل اذا سوى من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز بيعها
كذا ذكره الكرخى رح مختصره وقال القدورى فى شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل انعقد
على العسل ويدخل النحل بطريق التبع ماهو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل
الا انه ذكر جامع هذا التفصيل بعينه عن ابى يوسف **قال** ولا يجوز بيع دود القز بيع دود القز
وبيضه وهو البزر الذى يكون منه الدود ولا يجوز عند ابى حنيفة رح لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه
بل بما يستحدث منه وهو معدوم فى الحال وجاز عند محمد رح لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة فى بيضه
قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه
مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع ابى حنيفة كما فى دوده وهذه العبارة يشير الى ان ابا حنيفة انما
لم يجوز بيعه بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال
مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير فى الهواء وانما ذكره ههنا اتباعا
لما ذكر الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثم كذلك **قال** ولا يجوز بيع الآبق بيع
الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد فى الاصل بقوله كذلك بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن
بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذى لا يكون مطلقا وهو الذى
لا يكون آبقا فى حق احد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهى عنه بيع المطلق منه
وهذا غير آبق فى حق المشترى فينتفى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد
او لا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وان قبضه للرد فاما ان يشهد على ذلك او لا
فان كان الاول لا يصير قابضا انما انه تضمن حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة
لا ينوب عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتأكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشترى لو امتنع عن
قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبايع فسخه بخلاف الامانة واما الملك فلان الضمان يثبت الملك فى المضمون
على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثانى يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو
قول ابى حنيفة ومحمد وذكر الامام التمرتاشى انه لا يصير قابضا عند ابى يوسف وقول المص يجب ان يصير قابضا
كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشترى هو عند فلان فبعه

بناه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البايع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو
باع الآبق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ
بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فانه خرج المحل القدرة على التسليم وقد فات
وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق
يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلايم التوى بالاباق بخلاف البيع
فانه اثبات والتوى ينافيه وروى عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم يفسخ البايع ان امتنع من تسليمه
عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا ينعدم بالاباق ولهذا جاز اعتاقه
وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا ابق بعد
البيع وهكذا يروى عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا واما اذا رفع المشتري الى القاضي وطلب
منه التسليم وعجز البايع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد قال ولا يبيع لبن
امرأة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح
يجوز فقال انه لا يجوز في قدح ويجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه كسائر الالبان وقيد
بقوله طاهر احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الادمي لان الشرع انما حرم الرضاع بعد
البعضية وجزء الادمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء
الادمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية اجزاء الادمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف كل
المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل به البرء سقط الضمان وكذا السن اذا نبتت قال
وهو اي الادمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلا آخر وتقريره الادمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن
الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز
ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز
وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي
هي ضد الرق يعني العتق وهي اي المحل هو الحي ومعناه انهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد وهما ضدا
ن ولا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قول من شرب ظاهر ان
الادمي كونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني
مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك
على كونه مالا كالميتة يكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير
بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه بجميع اجزائه نجس العين
لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب
ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع
جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبايع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء
ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة
الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسد لان اطلاق الانتفاع به دليل

طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المص يعني اختار قول ابي يوسف حيث اخره وقيل هذا اذا كان منتوفا
واما المجزوز فطاهر كذا في الفوائد الظهيرية وفتاوي قاضيخان قال ولا يجوز بيع شعور الانسان بيع شعور الانسان
والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق رأسه
قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به ووجه الظاهر ان الادمي مكرم
وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا في البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم
لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المص بيع شعر
الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الادمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا
لامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بالمال
يكون اعزازا له فلا يجوز لانضمامه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بالمال كذلك
اهانة له فلا يجوز لانضمامه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل ثم هل
علم جوازه ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر الانسان لا ينجس بالازالة فشعره وهو طاهر اولى ولانه
في شعر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي يحرم الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا
بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء اي في اصول شعرهن بالتكثير وفي قرونهن
بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا
من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها مجاورة
باتصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فان لم يزل بالدباغ فهو كعين الجلد
بخلاف نجاسة الثوب فان قيل لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمن اين عدم الجواز فالجواب انه نهي
عن الافعال الحسية وهو يقتضي القبح لعينه فيتطلع عليه ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت
لان تأثيره في ازالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها
وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم
في كتاب الصلاة والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد اعتبارا في حرمة اللحم وغيره فلا يقع عليه الذكاة واذا ذبح
جلده لا يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين
كالكلب وسائر السباع قال والبيع عظم انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه
قال وان كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز
لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الادمي وهكذا قال
في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن لها شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه
تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولوجوب الضمان
بالاتلاف فانه من سقى ارض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهدين
شهدا احدهما بشراء ارض بشربها بالف والآخر بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم يقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض
لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال ويجوز
بيعه تبعا لانتفاء الجهالة باعتبار التبعية قال وبيع الطريق وهبته جائز بيع رقبة الطريق وهبته

جاز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا فقد يعرض باب الدار العظمى وهو مشاهد حيوى
لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدرى
قدر ما يشغله الماء والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة
السرخسى والثانى لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضى خان
وهذا احد محتملى المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز فى رواية ابن سماعة جعل
فى كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منها من القسمة
ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له فى غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم
يضرب صاحب الاصل بثلثى ثمن الطريق وصاحبا المرور بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب المرور واحد
وقسمة الطريق يكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوى صاحب الكثير فى الانتفاع فقد جعل
لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفى رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث
لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو
محتملها الآخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا وان
كان المحتمل الثانى فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة
فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل
فاما ان يكون على السطح او على الارض والاول حق التعلى وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه مجهولا لانه لا
التسييل لقلة الماء وكثرته والثانى مجهول لتفاوتهما الى الفرق فى المحتمل الاول وعن الرواية اعنى رواية ابن سماعة
جواز بيع حق المرور لتحتاج الى الفرق بينه وبين التعلى والفرق بينهما ما ذكر بقوله ان حق التعلى يتعلق بعين لا
يبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين يبقى وهو الارض فاشبه
الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التى هى اموال او حق يتعلق بها وفيه
نظر لان الشكر من الدار مثلا حق يتعلق بعين يبقى وهو مال ولا يجوز بيعه **قال** ومن باع جارية فاذا هو
غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام
والجارية جنسين لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل
البيت وللاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والنعج جنس واحد لان الغرض الكلى
من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى فى ذلك سواء فالمعتبر فى اختلاف الجنس واتحاده تفاوت
الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لعظم التفاوت والوذارى بكسر الواو
وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنجى ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارا جنسان مختلفان
على ما قال المشايخ فى شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان كان
ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا قال بعتك هذه
الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التى هى ابلغ فى التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية
معنى موصوفة بصفة والاشارة لتعريف الذات معنى مجردا عن بيان صفة والابلغ فى التعريف اقوى وان كان
مما يكون جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان المعتبر اذ ذاك الاشارة لا التسمية

لانها تحقق وجود المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك فى كتاب النكاح فى تعليل
محمد ومع فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرضا جعل
للترغيب حتما عن الانتفاض ولكن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف
الى ثبوت خيار المشترى عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر ان صنعة الخبز انقص من
الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابى كذلك وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد ان
الموجود ان كان انقص من المشروط فالمشترى بالخيار وان كان زائدا فهو للمشترى ونص الكرخى على ذلك
فى مختصره ولكل منهما وجه وقيل اما الاول فلان المشترى قد يكون محتاجا الى خباز فيلزمه الكاتب بغير
رضاه واما الثانى فلما تقدم ان المشترى اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة عشر وان وجد احد عشر
فهو له بالخيار **قال** ومن اشترى جارية بالف درهم من اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة
فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثانى فاسد خلافا للشافعى هو يقول الملك قد تم فيه
بالقبض والتصرف فيه جائز من غير البائع فكذا معه وصار كما لو باعه بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول
او بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون من المشترى
بلا واسطة او بواسطة شخص آخر والثانى جائز بالاتفاق مطلقا اعنى سواء اشترى بالثمن الاول او باقل
او باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثانى جائز باقسامه بالاتفاق والاول هو
المختلف فيه فالشافعى يجوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا
بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول اما الاول فما قال محمد حدثنا ابو حنيفة يرفعه الى عائشة
ان امراة سالتها فقالت انى اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة
قبل محل الاجل فقالت عائشة بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابلغى زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه
وجهاده ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله
ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع الرسول وجزية
الافعال لا يعلم بالراى فكان مسموعا من رسول الله والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وان
زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان فى المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان احد منهم
يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والحكم
انه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطاء وهو مذهب على فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثانى
حيث قال بئسما شريت مع عراه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانها تطرقا به الى الثانى فان قيل القبض
غير مذكور فى الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف فى المبيع قبل قبضه اجيب بان تلاوتها آية الربا
دليل على انها للربا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما فى تفريق الولد عن الام
بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثم بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون
البيع كان الوعيد لاحقا واما الثانى فهو ما قال الثمن لم يدخل فى ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه
المبيع ووقعت المقاصة بقى له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما اذا باع من
غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه المستفاد

جهة لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربوا وبخلاف
ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل للمشترى والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض
لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشترى ثم اشتراه البائع باقل
من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذى احتبس عند المشترى وبخلاف ما اذا
اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول فيما استحسنه وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير
وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشئ الواحد فيثبت فيه شبهة الربوا قال ومن اشترى
جارية بخمسمائة هذا من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
وهذا لم يجز البيع في التى اشتراها من البائع وبيانه ما قال لان الابدان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها
منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده وتوقفت بالاداء باعها بالف وخمسمائة
فان البيع فاسد ذكره العلامة في الاتقان شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة
في الكتاب لما ذكرتم لما فسد البيع لان عند العقد يصيب كل واحد منهما اكثر من خمسمائة فلا يجرى فيه الاصل
المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز وان
جعلناها الفا وحبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من البعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان
اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا يكون صحيحا على انه معارض بان يجعل
الجارية التى لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلثمائة او اقل او اكثر فتتعدد جهات الجواز وليس
البعض اولى وبان كل جهة يصلح ان يكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز ترجيح عليها
ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تنفيه
والترجيح هنا للفساد ترجيحا للمحرم ولا يسرى الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها
لامور اما لانه مجتهد فيه لخلاف الشافعى في المتقدم وفيه نظر لما ذكرنا اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان بخلاف
الشافعى فلا يتأتى لان خلافه فيما كان بعد وضع المسئلة فكيف يوضع المسئلة
بناء على شئ لم يقع بعد واما ثانيا فلان ابا حنيفة يبطل اسلام الزوجة في القوهية والمروية مع ان
فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهى جاز عند الشافعى ومع ذلك تعدى
فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهية في المروى واما لان الفساد في المشتراة باعتبار
الربوا فلو اعتبرناها في التى ضمت اليها كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيان ان في
المشتراة باعتبار شبهة الربوا ان في المسئلة الاولى انما لم يجز شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
لشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد
المشترى بها عيبا فيردها فيسقط الثمن من المشترى وبالبيع الثانى يقع الامن عند قبض البائع بالعقد
الثانى مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا واما لان الفساد
طارئ على وجهين احدهما انه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء
ما باع اقل من الثمن لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم
يبع فيفسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طاريا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد

ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان الفساد مقارن فلان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والبيع جائز في
العبد لان بيعه شمل الائمة فالبيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضى بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر
وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثانى المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل
نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا بخمسمائة مثلها بقى للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب
الثمن على البائع بالعقد الثانى فيفسد عندها وذلك لا شك في طروه فلا يسرى الى غيرها قال
ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه اشترى زيتا على ان يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو
فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف بوجود وعسى ان يكون وزنه
اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزنه ويطرح عنه وزن الظرف
جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال ومن اشترى سمنا في زق ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف
فوزنه فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشترى لان هذا
الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض او في مقدار الثمن فان كان الاول فالمشترى قابض
والقول قول القابض ضمينا كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثانى فهو في الحقيقة اختلاف في
الثمن فيكون القول للمشترى لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن
يوجب التحالف فاوجبه العقد الى التحالف اجيب بانه يوجب اذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه في ضمن
الاختلاف في الزق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائى في الثمن انما يوجب التحالف لتضمنه ان كل واحد
منهما يدعى عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه
واذا امر المسلم نصرانيا اذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابى حنيفة خلافا لهما وحكم
التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيد على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلى هذا التصرف فلا
يولى غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره
بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو حنيفة المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل
فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المامور به وللنصرانى ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم له
وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم
اذا اسلم مورثه النصرانى ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثة امر جبرى والتوكيل اختيارى
فانى يتشابهان لان ثبوت الحكم اعنى الملك للموكل بعد تحقق العقد اعنى مباشرة الوكيل جبرى كذلك يثبت
بدون اختياره كما في الموت الا ترى الى ان المأذون له النصرانى اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها للمولى
المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل بان
كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه
غير منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو نفسه لا يلى
الشراء لنفسه وبالقاضى اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمى آخر وهو لا يلى التصرف بنفسه والذمى
اذا اوصى الى مسلم وقد تركها فان الوصى يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلى ذلك بنفسه والقياس على
تزويج المجوسى مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير قال ومن

باع عبداً على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلاً جامعاً لفروع
اصحابنا وتقريره ان الشرط ينقسم اولاً الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك
للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفاً
والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد العاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة
للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يؤيده وكذا
لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط
حيث افاد ما افاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط التشريك
كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض
عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان
موافقاً لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ان العرف فيه يجامع كونه شرطاً والعرف قاض عليه
وفيما اذا لم يكن متعارفاً وفيه منفعة لاحد العاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع يكون العقد فاسداً
لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن
العوض وهو ربا لا يقال لا يطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون
ربا لانه لو جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض منه شيء في العقد فكان ربا ولانه يقع بسببه المنازعة
فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة
للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وتمام العقد
بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلاً فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة احد المتعاقدين
فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة
المبيعة لانه لا مطالب لهذا الشرط فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغواً وهذا ظاهر الرواية
وفي رواية عن ابي يوسف يبطل البيع به نص عليه في آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه
التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المفسد
المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه
المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها
منفعة للمعقود عليه لان قضية الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتماً والشرط يقتضي الالزام حتماً
والمنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد
والفاسد ما يكون مشروعاً باصله غير مشروع بوصفه وبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعاً وبالنظر
الى وصف الشرط كان غير مشروع فكان فاسداً ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع
بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيس على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره
بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره هذا انتفى ما ذكره المص صح قوله بنفسه
فيه انه يمتنع قياس احدهما على الآخر لعدم جامع والا كان تفسيره مثل ما ذكر في المبسوط فلا بد ان يجعل
قول المص بنفسه يلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة

على ذلك التفسير يجب بحديث بريرة انها جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في الكتابة فقالت ان شئت عددتها
لاهلك واعتقتك ففعلت فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلعم
وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المص عن الالحاق بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي كما عرف
في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه
ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة
بسبب ذلك الشرط وكونه منافياً لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس
فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة انما اشترت بريرة مطلقاً ووعدت لها ان يعتقها لترضى بذلك لان
بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها والنسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصابها في قوله نسمة على الحال بمعنى
على معنى معرضاً للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصاً في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق
النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان
وفى بالشرط واعتق بعدما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسداً كما كان فوجبت
عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط
التدبير او الاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بما شرط او لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتباراً لحقيقة الحرية
بحق الحرية ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرنا من تقييد التصرف بالتعاقد
للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء مقرر له الا ترى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان
العيب فبالنظر الى الجهتين توقف الحال بين بقائه فاسداً كما كان وبين ان ينقلب جائزاً بوجود الشرط فاذا
وجد فقد تحققت الملاءمة فيترجح جانب الجواز عملاً بالدليلين وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد
تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسداً اولا فان كان الاول فتحقيقه تقرير الفساد لئلا يلزم
فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزاً وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة
لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فعملنا بالفساد في الابتداء عملاً بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء
عملاً بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزاً ينقلب فاسداً ووجدنا فاسداً ينقلب جائزاً كالبيع بالرقم وبخلاف
ما اذا تلف بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزاً لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير
والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بعينها لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب
تنجزه الاجازة والانتهاء انما يتحقق اذا وقع الاياس عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق
والموت قال وكذلك اذا باع عبداً على ان يستخدمه البائع شهراً فالبيع بهذه الشروط فاسد لانها
شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما
قال على ان يقرضه المشتري احترازاً عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان تقرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبله
المشتري صح البيع لانه لا يلزم الاجنبي لا ضامناً عن المشتري لانها ليست في ذمته فيجعلها كالكفيل ولا زيادة
في الثمن لانه لم يقل على اني ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي عليه السلام نهى عن بيع وسلف
وايضاً اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن قال ومن باع عيناً
على ان لا يسلمها الى رأس الشهر فالاجل في المبيع العين باطل لانه تغيير لقضاء الى التحصيل الحاصل فانه شرع ترفيهاً في

تحصيله باشاع المدة فاذا كان البيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن الدين
فان ترك الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل قال ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد الذي
منه وهو ثلثة اقسام الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما فيه العقد ويبطل الاستثناء والثالث ما يصح
فيه كلاهما اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او آجرها او كاتب على جارية
الا حملها او رهن جارية الا حملها او كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط
الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا
ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكر من الاصل فيه ان ما لا يصح
افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان
الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء
يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا
فاسدا قوله غير ان المفسد في الكتابة استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان
الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر
او على قيمته حيث دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله
ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا يصح الا ببدل معلوم
ويحتمل الفسخ ابتداء ويشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام العقد
فالحقناه بالبيع في شرط يكون في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة
والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه
الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل
التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل
شرط المعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء
واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث
اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى يبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء
فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها
لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر فيه الخدمة على تأويل المذكور واعترض على قوله الاصل
فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد
بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس
غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا ترى انه يصح قبول الموصى له بعد الموت ويدخل الموصى به
في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يكون لها لفظ العقد مطلقا ولئن
ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم
الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبره وذكر في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة
مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب ما اسلفنا ان العكس غير لازم واما منعنا لزومه والفرق
بينهما ان ما يصح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لورثة الموصي فاصلح ان يكون موروثا كالحمل بخلاف
ما لم يصلح كالخدمة منفعة قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده
قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة فكأنهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال
هناك صفقتين لان فيه احتمال العارية والاجارة وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية قال
ومن اشترى نعلا حذا النعل بالمثال قطعها يد فهو تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع
بالمثال وشراك النعل ووضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرط
ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا
فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع
لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع
الى النيروز معرب نوروز واول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف وصوم
النصارى وفطر اليهود ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار
ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة اي المجادلة في النقصان والمماكسة
موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع
وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز
لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد وهو
الحصاد وكرهها قطع الزرع والدياس ان يوطئ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء
بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع
والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه
الاوقات وتأخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا ترى
انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف
وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فعائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء واذا احتمل
التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنه منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا يشير الى ان الجهالة اليسيرة
ما كانت في التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة
في اصل الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى
اذ هو يوجد بدون الوصف بخلاف دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها
الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمتنع واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه
تأجيل الدين وهذه متحملة فيه بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراط في اصل العقد
يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال اعني النيروز والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز
ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر هو يقول انعقد فاسدا
فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول زفر فالنكاح الى اجل جائز والشرط

باطل كما تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير
وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما يتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود
جائزا فان قيل الجهالة قد تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط
الدرهم الزائد اجاب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما
ذكرت لان الفساد ثمة في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب
جائزا وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى ان يهب الريح ثم اسقط الاجل لا ينقلب جائزا واجيب
عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط وهو قوى كما لو كان في صلب العقد الا ترى انه من صلى بغير طهارة
ثم تطهر لم ينقلب صلاته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظر الوجود
قد يكون متصلا بكلامه قوله بخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان
العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى اجل
متعة وهي عقد غير النكاح فلا ينقلب نكاحا [illegible] في الكتاب اى القدورى ثم تراضيا خرج وقالا لا
من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن او لا
يفصل عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما
بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده
وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر رح فيهما اى في العبد والمدبر وفي
الجميع جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية
مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكي كبيع القن مع المدبر اجيب بانا لا نسلم انه مجتهد فيه
بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي
اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر رح الاعتبار بالفصل
الاول يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا
سمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع
وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا
لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن
ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك
قبول العقد في احدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة
العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة
متفرقة ومع لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون
فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما
ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد
اذا صح الايجاب فيهما لانه لا يتفرد البائع بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه لما ذكرنا الجمع

العبد والمدبر واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر لفظ البيع او الشراء وقد تقدم في اول البيوع
وعن الثاني بان قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس مما يقابله بدل فكانت هذه
العبد بخمسمائة على ان يسلم الى خمسمائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بانه
الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين
وتم جواب زفر عن التسوية بينهما قوله بخلاف النكاح جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد واما هؤلاء المدبر
والمكاتب وام الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما
موجودان وقوله ولهذا ينعقد يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازة
وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام
الولد ينفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق
عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ
وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر
والمكاتب باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه [illegible]
ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا انعقد ههنا
عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون
العقد فيهم فاسدا الا ان يكون المالك باستحقاق المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع
وهذا اى الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد
في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا اى الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول
في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء بعدما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد
من العبد والمدبر فيه اى فيما اذا جمع بين القن والمدبر **فصل في احكامه** واذا قبض
المشتري المبيع لما كان حكم الشيء يكون اثرا ثابتا به عقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا
ينقسم باعتبار غيرها من الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير فاذا قبض
المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع يعني باذنه وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته
ذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وامر
البائع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا او دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد
بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الهبة فانه يعتبر مطلقا وقيل ان يكون في العقد
عوضان مالان لفائدة ستذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون
المبيع في البيع الفاسد يملك التصرف لا يملك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رح القبض
في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا ينال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات
لا بد منها ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي
الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع

الخمر بالدراهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن
البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من اهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقدين مضافا
الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا يقال فقد يكون النهي مانعا عن ذلك لان
النهي يرد للمشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يكون ليكون العبد مبتلى بين ان يترك باختياره
فيثاب وبين ان ياتي فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك لكن لا بد فيه من فسخ مقتضى النهي
فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعترض
بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور واما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون
قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد واجيب بانه
عني بالنص عن ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعم الخصم والمجاور جمعا والمتصل
وصفا سيان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد في كونهما
في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد
جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقريره ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن
ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الدفع بالاسترداد
وكل ما هو واجب الدفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الدفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع
مقبوضا فلان يكون واجب الدفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته
عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الدفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض
لم يفد بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض
كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والا لزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره
وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار والمعلق
معدوم لانه يتعلق على ان الخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود
القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اعدمه اعتبارا معنى القبض وعن
الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فانه لم ينتقل الملك من
المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها قوله ولان السبب
دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لمكان
اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان القبض شبيها بالايجاب فصار كان ايجاب
البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضد العقد من القبض قوله والميتة ليست
بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال والبيع بلا مال لا يجوز
فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر ثمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه بعينه اولا في البيع
الفاسد ما اذا بيع ما فاله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يخلو
من بطلان البيع فيما اذا كان البيع الخمر ثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي آخر اي طرف آخر سوى
ذكرناه هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع من تسليم الخمر وتسلمها فلو

قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة بجعل القيمة ثمنا لان كل عين يقابله الدرهم او الدينار في البيع هو مثمن
لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا يجوز تغيير ذلك في صورة من صور المبايعات فالقول به تغيير للشرع
فكان باطلا قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع فيه اشارة الى صحة الاذن دلالة كما اذا قبضه في مجلس
العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وتمام
الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة
وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط
فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وفي رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق
بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو
ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف الهبة اذا
وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا
بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة والقبول في حق الحكم فكما ان القبول
يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه قوله وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال
ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي
تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن
ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان قوله اي قول القدوري لزمته قيمته
معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه المغصوب والحكم في الغصب
كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا انعدم قوله ولكل واحد
من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد ذكر واحد منهما ثبوت البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد
سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا
من ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي يختص باحد البدلين كبيع
درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز
والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة
الفساد وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان
بعده فلمن له الشرط ان يفسخ بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينتقص واما
اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان
العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الفساد يتحقق في حق من له الشرط فان ينتفي
واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه يستحق حقا للشرع فانتفى
اللزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كما في الذخيرة والايضاح
والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض
شيئا يملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ونحوهما

البيع لو كان ثابتا لما حل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطئها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا
واجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البايع سلطه على ذلك وذكر
شمس الائمة الحلواني يكره الوطي ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطي مما
لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو منفك عن صفة الحل
واذا كان البيع نافذا سقط حق استرداد البايع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني
ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع
وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري فورثه
وارث المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما واجيب عن الاول بان الاجارة عقد
ضعيف تفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد نقضها وذكر في الزيادات
ان القاضي ينقضها واما التزويج فيشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك
فتعلق حق التزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث
في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فينتقل الى الوارث
كذلك حتى لو مات البايع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما اذا اوصى
المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبايع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري
الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري فيكون حكم غير ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل
قولكم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله
وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع
ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل آخر على سقوط حق استرداد
البايع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع
الثاني مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه بمجرد الوصف وحاصله ان
الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البايع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع
الثاني حصل بتسليط البايع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل
ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته واجاب بانه لا تمام التمام فيه فان كلا
من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنتهي متقرر
واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا من الابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته قوله بخلاف تصرف
المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرف المشتري
في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها ووجه الجواب
ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما الاخر بدليل
فيتعقبه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنه فينتقض ولا مع
فاما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند تمام الاخذ يتحول الصفقة اليه فيبقى تصرف
المشتري بلا سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع فيكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا

لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قال
ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه باذن البايع واعتقه او باعه بيعا
صحيحا واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد بعد تركه او وهبه وسلمه فهو اي فعل من هذه التصرفات
جايز وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما
تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار كمغصوب هلك وفي الهبة
والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير
البيع لانهما لازمان الا ان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا
ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد فيشكل ولئن تخصيصهما
في عود الاسترداد بزيادة فايدة لانه ثابت في جميع العقود اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب
قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبايع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود
حق الاسترداد في جميع العقود انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء بذلك
فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الابق ثم عاد قوله وهذا
اي انقطاع الاسترداد بهذه التصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا
انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر بل هي الا عذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا ولعل
في كلامه اشارة الى المذهبين فيها قال وليس للبايع في البيع الفاسد اي ليس للبايع في البيع الفاسد
ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد بما اخذه
البايع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها
فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يدفع المبيع الى ان يأخذ الثمن من البايع كما في الرهن
لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته
كما في الغصب وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته لما تقدم من
ان للمشتري حق منع البايع من المبيع الى ان يأخذ ما ادى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه
وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء
حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان
وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا تتعين والدراهم في الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل تتعين في الشرى
للرد على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان ما ذكر في المطلب ان الثمن
في يد البايع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع ومستلزم حكم النقض والاسترداد والدراهم
المغصوبة تتعين للرد فيجب رد عينها اذا كانت قائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب
والحكم فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما
في بيع الرهن بالدين قال ومن باع دارا بيعا فاسدا ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري
فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقالا ابو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس
فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا قوله الاول وقوله آخرا مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف

من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء او الرضاء ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج
الى ذلك وقد تقدم ان البائع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالاقوى لا
يبطل به وهو يبقى وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك ولابي حنيفة ان البناء والغرس
حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري
بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر
فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا استشفاع في البيع الفاسد لان حق
البائع قد انقطع هاهنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البائع لوجوده منه
وبهذا التقرير يتبين لك ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما ادخل فيها اشارة الى الاحتراز
عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكره لان الحجة بالبيع في كونه منهيا مؤقتا
لا يتم لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان
للشفيع ان ياخذها بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته بمنزلة البيع الصحيح
فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد
وجب نقضه لحق البائع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا تؤمل ما ذكر قلنا بوارد اذ البائع
مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت الملازمة
واعترض ايضا بانه اذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي
وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد
عليه البيع بما هو فسخ فانه يعود واجيب بانه مانع آخر فان الارض من الاسترداد انما ينتقض بعد ثبوت الملك
للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهاهنا لان النقض انما وجب ضرورة ايفاء حق الشفيع فصار النقض
مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم الى الشفيع دون
وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة يعقوب نصها له ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة
لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد له على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة
للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس نخلا وعندهما
لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس
وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق
البائع لان وجود الملزوم بدون اللازم محال وعلى هذا فقد حفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة
فيثبت مذهبه في انقطاع حق البائع في حق الاسترداد فلم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد قال
شمس الائمة السرخسي هي من المسائل الثلث التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة انه ياخذ فيهما وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث
لم ينقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تأمل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد كرر المصنف
قوله شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع اغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير والرواية
في الجامع الصغير لمحمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد رحمه الله

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقود
كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كما عداهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فالخبث
الاول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا
وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية
مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد
الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيهما انه لو اشار اليهما وقال
اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يمسكها ويدفع الى البائع غيرها لان الثمن يجب في الذمة
لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في المبايعات وهذا انما يستقيم على الرواية في انها لا يتعين واما على
الاصح وهي التي تقدمت انها يتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمانه
قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف يطيب
له الربح لان شرط الطيب الضمان وقد ضمن بوجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جوازه الا
به وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار
اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه بدل المانع ثمنا وان كان الثاني فقد
تعلق به من حيث تقدير الثمن فالربح في الاول لحصول ملك الغير من كل وجه وفي الثاني لتوسل اليه بمال الغير
لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وقد تحصل بمال الغير فيهما الشبهة فالربح
في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلبت حقيقة الخبث وهي فيما يتعين فيما لا يتعين
تنزل الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن الذي كان شبهة حيث حصولها بمال الغير
من كل وجه لم يبق كذلك بل بالذي شابه ملك والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها لقوله الحديث وهو
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان
شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة الاخيرة واما اذا كان شبهة الشبهة
ايضا داخلا في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى فيه ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبر ما دونها
ايضا وفيه انسداد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة الشبهة فما دونها قال
وكذلك اذا ادعى رجل على آخر مالا على الف درهم فاعطاه فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح
فيها المدعي ربح طاب له الربح ولا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين يثبت بالتسمية
بدعوى المدعي واداء المدعى عليه وملك بالقبض بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا للملك لكن لما تصادقا انه لم
يكن استحق المبدل وباستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا نعم
كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ
لان الاعتاق في غير الملك باطل فاذا كان مما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق يفسد في مقابلة
فلو كان فيه كان باطلا فالخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين فصل فيما يكره
قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به وما عرضه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر

في اصول الفقه ان النهي اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير
ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره
ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه
بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة
اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد وهو لا يريد الشراء الى ان يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء
الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه
وهو نفي بمعنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري
رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار
فاما اذا تجاذبا ففكاكا عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك
في النكاح اما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب اي ونهى عليه السلام عن تلقي الجلب الى المصر
وصورته المصري اخبر بمجي قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ارادته فذلك
لا يخلو اما ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين او لا فان كان الاول
بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثاني وقد
لبس السعر على الواردين فقد غدر وضيق وهو قبيح فيكره والا فلا باس بذلك قال وبيع الحاضر
للبادي اي ونهى عليه السلام عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه السلام لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل
له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون
بذلك او في قحط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا تكون اللام
في للبادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى الحضري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة
قال والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند اذان الجمعة
قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة ولولا ذلك لجاز البيع
فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا يمشيان فلا اخلال فيمنع
بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال والكل ذلك
اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه ولا ذكرنا انه فاسد لان الفساد اي القبح في امر خارج
ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وتفسير بيع من يزيد ما روى انس قال
اي هذا الذي نذكره نوع من المكروه من ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم
يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته
يوم القيمة قوله ووهب معطوف على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه السلام
ووهب النبي صلعم لعلي رضه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك
ادرك ويروى اردد اردد ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد
جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع لاضافته الى التفريق وهو مجاورة

يشتمل منه نحو اذا ان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر فيه ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير
للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد النبي صلى
ذلك بقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها لان المراد من ترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد
في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا
فليس منا ثم المنع من التفريق انما هو باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون
احدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى او الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا
قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما ابنا رضاعيا للآخر او كان امه والآخر ابنها من الرضاع
او كان احدهما ولد عم او خال او كان احدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص الناطق ورد بخلاف القياس
فيقتصر على مورده ومورده الوالدة وولدها والاخوان قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير
يستانس بالصغير وقال المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما
كان كذلك لا يكون معلولا فيتناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق
انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى او الصغير قصدا فهو بيان لما
يجوز به الحاق الغير بالدلالة لانه اذا ساواه لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض
بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة
المحرمية ولا ما فيه ضرر وما يساوي القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل لو
كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة
مواضع وان كان احدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند
عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا ملك احدهما بملك الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولدها
ان كانت امة فانه لا باس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى احدهما جناية نفس او مال فان
للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة والثالث
اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك
صغيرا وكبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما
عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس [illegible] جاز احدهما على الآخر وهو تفريق
والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا امه ولزم التفريق واذا تاملت ما قدمناه آنفا
علمت عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع من حق
شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع
عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق لا استرداد فكيف يتحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما
الثاني فلانه لو الزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن
الصغير ولو منع المسلم عن شرائه تضرر الصغير قصدا وعادت على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخله دار الحرب
فينشا فيها ومصيره [illegible] الدنيا لحرمة الاسر والقتل وفي الآخرة لان الظاهر من ينشا من صغره [illegible]
ان يكون على دينهم واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى واما الخامس

نحو ان التفريق فيه ممنوع على ما روى عن ابي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد الناس عن العيب حرام
من كل وجه وفي الزام العيب اضرار للمشترى فيتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس فلان الاعتاق
بين الجميع بالكل الوجوه لان العتق او الكتابة ما وان احق بنفسه فيدور يوحشها دار احق وبنها جدا اسوه على الاول
ولا اعتبار للزوجية من ملك فيه لحصول المعنى الموجب في اقتنائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفقتها
في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلو دفعنا بالتفريق لدفع الضرر فيهما عدا الاخيرين
ضرر فلا يكون في معنى الاصل ذكره من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل
اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا بأس ببيع واحد
منهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الخبر مطلقا ليتناول كل من كان بين سواء كان الخير ابنا صغيرا او
كبيرا او صغيرا من اولا وسواء كان تزوجه او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من احد من جزاء اذا كان
في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم تعريفه في اثناء الاستدلال وحكى ايضا
وروى عن ابي حنيفة رح انه قال اذا جنى احدهما ان يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان
الفداء اولى قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل
على انه يكره سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث او الغنائم او الهبة او غير ذلك والبيع جائز وعن ابي
يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام
لعلي ادرك ادرك ولحديث حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان
كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع
الاخر ممن باع منه احدهما قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معناهما وقد ورد النص
يشير الى ان مراده بما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين
مارية وسيرين وكانتا امتين اختين روى ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين
اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابراهيم وهي مارية
ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب
وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او مأذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق
لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الاقالة

الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها
اياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعضهم بدليل قلته البيع بكسر القاف وهي جائزة
لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ندب صلعم اليها بما يوجب التحريض
عليها من الثواب اخبارا او دعاء وكلاهما لا يكون الا في المشروع ولان العقد حقهما فكل واحد منهما
يملكان رفعه لحاجتهما وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل
الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وهذا يبطل ما انطق به من الزيادة على الثمن الاول
والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز ذلك لكونه بيع

القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع
الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان المبيع صرفا فكانت في حق
الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما نذكره ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة
المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى فجعلناها
من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين لقيامهما بها فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها
فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولهذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع هذا
عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف هو بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل
فسخا الا ان تعذر جعلها فسخا فيبطل كما اذا تقايلا في العرض بالمبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو
فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من الثمن الاول لا يجوز فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل
كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد رح بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع
ان حقيقة ذلك يقال اقل الله عثرتك اي ارفع عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا
تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف رح بمعناه فانه مبادلة المال بالمال
بالتراضي وليس البيع الا ذلك ولهذا اعتمد بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب
وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا لمحمد لانه لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب
بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد
في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا ينعقد تصحيحا بيعا لان الاقالة اذا اضيفت الى ما لا وجود
له فيبطل في خرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى الموجود اعني به سابقة العقد فيها فلم يلزم
من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ارادة المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند
عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما انه يلزم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا
وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد
معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدل ابو حنيفة رح ان
اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا وهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر
ذلك صير الى المجاز اذا امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها
ضده واستعارة احد الضدين للاخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة لو لم يكن بيعا في حق الثالث
بمحمل البيع لم يكن ذلك اجاب المص بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بمقتضى الصيغة
وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم
البيع وهو الملك للبائع بعد لغلبة موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتعذر
بوجه ابطال البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك
وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لواحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاثبتنا
موجب الصيغة في حق المتعاقدين لانه لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية
على غيرهما ووجه اخر ان المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس بمقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضى

فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي حنيفة عما استدل به ابو يوسف
من ثبوت الاحكام ما قيل ان الشارع يبدل الاحكام ولا يغير الحقائق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا
الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يتغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة في الحقيقة
فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل يقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول
لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة
ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة
لان الشرط يشبه الربوا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض قال
يشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في
صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربوا ولان في الشرط شبهة الربوا
وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن
ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات
بالعيب وصورة هذه المسائل الثلث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة
وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت بالالف ولغى ذكر الباقي وان تقايلا بخمسمائة فان لم يدخلها عيب صحت
بالف ولغى النقص ووجب على البائع رد الالف وان دخلها عيب صحت الاقالة بالشرط ويجعل المحطوط بازاء
نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب
الكتاب مطلق من ان يكون الحط بقدر حصة العيب او اقل او اكثر بقدر ما يتغابن الناس فيه او لا وقد اوله
بعض المشايخ تاويل المسئلة ذكر هنا عند ابي حنيفة رح وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل
البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح وان كانت فسخا لكن في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا
تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان
عند ابي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن
واقال كان فسخا فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت من كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او
الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير مسلم لان ابا يوسف انما يجعله فسخا لامتناع جعله
لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق
لما بينا ان الحط يحصل بازاء ما فات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة
ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا
بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده
وحاصله ما ذكر في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت
الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ منفصلة
كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح لانه لا يمكن تصحيحها
فسخا بعد [illegible] حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا يمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة وهو
يبطلان حقه والتقابل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع

البيع واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عند ابي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار
قبل القبض عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة لان هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان
شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول
ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما
اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية
وجب رد قيمة العبد ولا يبطل بهلاك احدهما بعد وجوده لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما
اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة
ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض او كان احدهما هالكا وقت البيع
فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على
الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة
كونه مبيعا فالتحق بالبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد
بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف الصرف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع
عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة
باعيانهما لو كانا قائمين بل برد المقبوض ورد مثله سيان فهلاكهما كبقائهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما
قائمين فبهلاكهما لم يبق شيء من المعقود عليه ليرد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به
عن المستقبل مثل ان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يصح الا بلفظين
يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا يكون
الا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو البيع من البيوع
اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد
ذكرنا في اول البيوع وجه تقديم [illegible] وهنا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول
مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز
بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة
على الغاصب جاز بيع الغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على ابهام يجب
عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول
لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو
ان يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكره في الايضاح والمبسوط اذا باعه مرابحة
فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس راس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم
من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم الى راس المال
اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة
اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية [illegible] ثم باعه مرابحة على قيمته جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا

الاولى ان يقال نقل ما ملكه من البدل بما قام عليه فانه جواب الاول اما لانه صدق التعريف عليه فان الظالم بجناية البيع لا يصدق عليه النقل ومن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة ما ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى راس المال فكان ذلك من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يحمل مجازا عما قام عليه من غير جناية فيدخل فيه مسئلة المبسوط فانما عبرعنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصنعة لا منفعة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي صلعم كما ذكر في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع وهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين اي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة واجب لاقتضاء المقام ذلك ومن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فيشبه الخيانة كما لم تجز المجازفة في الاموال الربوية لذلك فكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه قال ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان بنائهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان امكن فقد لا يمكن عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المرابحة ممن يملكه ذلك البدل من البايع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه براس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال لعدم البايع بالمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر من اجزاء من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان من نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسب الى راس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني فكقوله بعتك بربح العشرة ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء يزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه العدد المسمى واذا باع بالرقم بقوله رقمه كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف

اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجر التعليم فاذا انفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها براس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرايض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البايع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول على حال انه معلوم وانعقد على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول بحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر ان الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة كما كانت من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضاء فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث به ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك ونحوه فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفايت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح الكلام في هذه المسئلة وصورتها ظاهرة واما الكلام في دليلها فانما العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتريه وقال ابو حنيفة شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تاكد ما كان على شرف السقوط واذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة وهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة دراهم فيما اذا باع بعشرين لانه يضمنه الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التاكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا عن الخيانة

على ما ذكرناه لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة واما جواز البيع
وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين رحمه الله
بخلاف اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره ولم يستفد به المشتري الاول بالشراء الثاني فانتفت
الشبهة قال واذا اشترى العبد المأذون اى اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة
والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان
كان المولى اشتراه وباعه من العبد في هذا العقد اي بيع المولى من العبد وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي
وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى وهذا كان دائنا يقضي الدين ويستقر ويكسب
عبد فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم
البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين
المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل
البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رح في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي
خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرنا قال وان كان مع المضارب عشرة
دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة
عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه
مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع المضارب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم
الربح خلافا لزفر فيه شبهة العدم فيجوز ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بالغير
لا بالنفس فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية
التصرف لانه بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب
يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة
الا ترى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده
لفائدة انقسام الثمن واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضح المص بقوله الا ترى
انه وكيل عنه اي المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز
البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف
الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في اصل الثمن وهو عشرة
ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال ومن اشترى جارية فاعورت اذا اشترى جارية
سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي
جاز له ان يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن قوله ولهذا توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فات العين قبل التسليم
الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطي لا يقابلها الثمن وعورض بان
منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت
ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطي بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بانه

عدم جواز الرد باعتبار انه لو ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على مورد
العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع وتسلم الوطء
للمشتري مجانا والوطي يستلزم العقر عند سقوط العقد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف انه لا
يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء
على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين اذا كان التعيب بآفة سماوية او بصنع العباد واما
اذا فقأ عينها راجع الى اول المسئلة وفي بعض النسخ فلهذا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله
يعني اذا فقأ المشتري عينها بنفسه او فقأها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند
البيع مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا
كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمنع
المرابحة بدون البيان وعبارة المص يدل بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في الجامع
الصغير قال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب
ضمان الارش بمنزلة اخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكر في المبسوط من غير
تعرض لاخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا ان وطئها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان لان
العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار
بالفاء من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص ابو اليسر على انه بالقاف او حرق نار جاز ان يبيعه
مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة
بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف فقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين قال
ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك
علم المشتري فان شاء رده وان شاء قبله لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة
في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب
الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء
بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعورار العين
واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انها في مقابلة السلامة وما نحن فيه مما يقول الا جل
مدة كذا فيكون ثمنه كذا بزيادة معلومة فتثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء
وسيشير المص الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه
بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فاعتبر في شبهة
الخيانة كما في الفسخ اذا كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان
ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة
فلو علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب
الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونها بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم
علم بالخيانة لزمه بالف حالا لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن وعن ابي يوسف انه يرد القيمة

ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد في
مسألة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد
الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصل محمد في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي
جعفر الهندواني يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل ويرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم
معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان
المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال
وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغيره ولم يعلم المشتري
بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه
وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس
جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق
تقرر الفساد المتقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده
بعدم ذلك واما خيار المشتري فلخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية
للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به **فصل** وجه ايراد الفصل
ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار
مزيد فائدة على البيع المجرد من الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول والمراد
بقوله ينقل ويحول شيء واحد لانه احترز عن العقار لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رح في تخصيصه ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رض انه
صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام
يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس رض قال واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على
ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن
عمر رض انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب
على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم
يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض وان
كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلط على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد
لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع
اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض
لا يجوز ولانه لا يملك المعتق ما يملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد
استدلال بالمعقول وتقريره ان في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد
البائع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد نوقض
بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان ذلك ظهور

الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف
القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى واحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه
غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار
قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول
بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم
يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع
قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغا مخاطبا
عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو
في العقار نادر فتحقق العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع
انتفاء المانع في العقار فان غرر الانفساخ قد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يمنع لانه اذا
جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وح لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد
عليه بقضاء عاد له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ وان كان الهلاك
في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز
بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو
ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول فاجيب بانه
عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه
بالقياس فيحمل على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل
حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا انه نهي عن بيع ما لم يقبض من كل الذي ثبت
بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم
يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناوله لما ليس فيه
ذلك اذ النهي لا يحتمل تناول ما ليس فيه تناولا صحيحا واعلم اني اذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق
الله على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا بعموم
قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام
المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا
بغرر الانفساخ اولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه
وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه
وبين ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال للدليل بالتوفيق والاعمال متعين لا
محالة وكلامنا فيما لا يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مخصصا بعده بنفسه بهلاك العوض قبل
القبض هذا والله اعلم بالصواب قوله والاجارة جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره
انها لا يصح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لانه
في الاجارة تملك المنفعة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف

وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول
ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد
واراد التصرف فذلك على اقسام اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك
او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه
حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع
والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو يمنع التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون فكان
مثله وفي الثاني لا يحتاج الى الكيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري
الثاني الى الكيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال
المص لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا يتصور في المجازفة واجيب بان من الجائز انه اشترى
مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر اقفزة فيكون
زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى ويحتمل ان المراد الزيادة التي كانت في
ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه ثمانية اقفزة فاذا هو زائد على ما ظنه والزائد للمشتري ويجوز
ان يجعل من باب الفرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرضنا في المجازفة زيادة كانت
للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى
ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم
وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف
فيما بيع مكايلة للحاق الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان
قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب
انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه
دعوى مجردة واجيب بان النص خص عنه ذلك بان بيعا في قوله تعالى واحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا
وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثم ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار
وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك
وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله المشتري مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة او ارث
او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سياتي وحكم بيع الثوب مذارعة
حكم المجازفة في الكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم
يمنعها ورود النهي لتعلقه بالقدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري
الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك
ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لانه به يصير المبيع معلوما ولا تسليم
الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين
والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة وكل

الحديث اجتماع الصفقتين على ما سياتي في باب السلم ان من اسلم في كر واذا حل السلم يقبضه لم يكن قبضا وان
امر ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من
الكيل مرتين واعلم ان في كلام المص نوع ايهام التنافي وذلك لانه وضع المسئلة اولا فيما اذا كان العقد بشرط
الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح انه يكتفي بالكيل الواحد وهو يقتضي
ان يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل لان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما
هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد بينهما ليس بصحيح
من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفع بان يكون المراد من البائع في قوله ولو كاله
البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة
فباع بحضرة مشتريه يكتفي بذلك لما ذكرنا من التعليل ويدل على ذلك قوله وعمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه
يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين
فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول المسئلة وما سياتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا
الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي ان يكتفي بالكيل الواحد في اول المسئلة
ايضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان
مدفعا جاريا على القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عن ابي يوسف
ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة لانه ليس بمال الربوا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وحكم
فتتركه كالموزون فيما روى عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا يحل له الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزا على
انها الف فوجدها الفا ومائة لم تسلم له الزيادة ولو وجدها اقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون فلا يجوز
التصرف فيه قبل العد كالوزن في الموزون **قال** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل
القبض جائز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر
من الحنطة جاز ان ياخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير
ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم
والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع **قال**
ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن اذا اشترى عبدا بمائة ثم زاد عشرة مثلا او باع عبدا بمائة ثم زاد
على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي
الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع
كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع
المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي
لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة ابتداء لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن
تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا فلو
زاد الثمن يكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه
عن ذلك فصار برا مبتدأ ولنا ان المشتري والبائع بالحط والزيادة غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع

الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن يجعل الخاسر عدلا والعدل
رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ان ولاية التصرف برفع اصل
العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف
في اصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار الشرط فاسقطاه او شرطاه بعد العقد صح الحاق
الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم
بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك
اعتبارا للكل بالبعض اجاب المص بقوله بخلاف حط الثمن الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه لانه
عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فاشترط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يخرج
ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن ح وقد علمنا انهما لم يقصدا
ذلك او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع كما
يلزم من عدم الالتحاق للمانع عدمه لا للمانع فيلتحق حط البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون
الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي
في الحط فان البايع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لاخر وليتك هذا الشيء وقع عقد
التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد
هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى ياخذ الشفيع بالباقي في الحط وقوله
وانما كان للشفيع جواب سؤال مقدر تقريره لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة
كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق
بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال ذلك وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع
قائما واما بعد هلاكه فلا يصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه
اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابلها فلا يستند بخلاف
الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت
في الحال فيلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يصح زيادة الثمن بعد هلاك
المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري
على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط
المحل لاثبات الملك او ابقائه بطريق التجدد ولم يكن لابقاء العقد في حقه فايدة واما فيما ذكرناه ففيه
فايدة فيبقى والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو
هلك قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن **قال** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا
بثمن حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلتحق الاجل
بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتاجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فله ان يتصرف فيه بالتاجيل رفقا بمن
عليه ولان التاجيل ابراء موقت الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان
يملك البراءة الموقتة اولى وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون بجهالة متفاحشة او يسيرة فان كان الاول كما اذا

اجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كما في الكفالة لان الاجل لم يشترط في
عقد المعاوضة فيصح مع جهالة يسيرة بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل في اوائل البيع الفاسد **قال** وكل دين
حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا كل دين حال تاجيل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح
وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة ولهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك
التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا
يصح اي لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم
بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء
وقلنا بجوازه بلا لزوم وهو قوله الا اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجب الوفاء
حيث يلزم من ثلثه ان يقرضه ولا يطالبه قبل المدة فانه مستثنى ايضا وذكر من باب الوصية بالتبرع كالوصية
بالخدمة والسكنى فكونه وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه اذا اوصى بمنافع
بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة من وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة
مطالبته [illegible] قبل السنة حقا للموصي **باب الربوا**
لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان نوع
من البيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا فان النهي يوجب الحرمة وهذا
لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو مشروع والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل
لمحمد الا تصنف شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد
الا الاجتناب عن الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المال اذا زاد وينسب فيقال ربوي
بكسر الراء ومنه الاشتقاق والربوي بفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض
المشروط في البيع **قال** الربا محرم في كل مكيل وموزون اي حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة ثابت
في كل ما يكال او يوزن اذا بيع بكيل او موزون من جنسه فالعلة اي الموجب للحرمة هي الكيل مع الجنس او الوزن
مع الجنس قال المص ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانتظامه الكيل والوزن وليس كل واحد منهما بانفراده علة
والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد
والفضل ربا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ورواه عمر بن
الخطاب وعبادة بن الصامت وابو سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم فيروى بروايتين
بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة [illegible]
[illegible] ومعنى الثاني بيعوا الحنطة [illegible] والمراد بالمماثلة [illegible] من حيث الكيل [illegible] كيلا بكيل
وفي الموزون وزنا بوزن [illegible] تحت الكيل والوزن [illegible] اسم الحنطة فان بيع حبة
من حنطة بحبتين منها يجوز لعدم التقوم [illegible]
حديث عبادة بن الصامت [illegible]
[illegible]
[illegible]

بر عندنا عين بعين وعند الشافعي قبض بقبض قوله والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا و
فضل ذات احدهما على الآخر حرام والحكم معلول باجماع القايسين احترازا عن قول داود وغيره من نفاة القياس و
البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكره من القدر
والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان فالجنسية شرط العلة عملها حتى لا يعمل
العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية ولهذا لا يكون لها اثر في تحريم النسا حتى لو اسلم هرويا في
هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة وهو الجنس والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة
لان الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة … على الحالة الاولى
شرط … في بداية … واما في رواية … على … عدل الى … للدلالة
على الثبوت وكل ذلك اي كل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فاذا كان عزيزا خطيرا
يعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء
الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحكم
ان العلة انما يعرف بالتاثير وللطعم والثمنية اثر كما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة لا تعمل الا عند
وجود الجنس فكانت شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا به ولنا ان الحديث اوجب
المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لان معناه بيعوا مثلا بمثل والاحوال شروط ووجوب المماثلة هو المقصود
بسوق الحديث لاجل صيانة … لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو … في التقابل
يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن
التوى لان احد البدلين اذا كان انقص من الآخر كان المتبادل … للفضل … الفايدة
بالتقابل بالتسليم به اي بالتماثل يعني في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطنا ان تقبضا بعدما
كل منهما للآخر لتتميم فايدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان
وجوب المماثلة بين العوضين … من حيث القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين
مماثلا للآخر لم يتم الفايدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا
في حق الآخر وان كان مثلا للآخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفايدة اتم بعد القبض لكونه نفعا في حقهما
جميعا ولقائل ان يقول هذه الاوجه الثلثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لانها
لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفايدة وهي مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا
يتخلف الحكم عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لا علة فيجوز
التخلف ولان شرط اشتراط المماثلة لازم عند فوات حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل
ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوت شرط الحل ان لم يوجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع
الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة
لعدم التعاقب والحل حيث الحرام لغيره هو بمعنى الكراهة وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثمة
والمماثلة بين الشيئين … القدر والجنس اوجب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين
باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية يسوي المعنى فكان كيدا

من بر مساو كيلا بكيل من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير مساو له صورة
لا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا
لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل
فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص
اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثبتناه في غيرها تعدية فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل
والجنس يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المتحقق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي
عن عوض شرط فيه اي في العقد قوله ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سؤال تقديره ان المماثلة كما
يكون بالقدر والجنس يكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا واذا استويا
الثلثان صورة ومعنى تساويا في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس
لا يعدون ذلك الا ضربا يسيرا وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف او لان في اعتباره
سد باب البياعات لان الحنطة لا يكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات في الربويات لا مطلق
البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات او لقوله صلى الله عليه وسلم
جيدها ورديها سواء قوله والطعم والثمنية جواب عن جعل الطعم والثمنية علة الحرمة وتقريره ان ذلك
فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق
لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار
فكيف تؤثر في حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء والكلاء
وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا يكون
المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل او الموزون
بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود
مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في الحديث وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط
والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا متماثلا قال ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي
ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق
الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فينتفي
المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا اي ولان الحفنة والحفنتين لما لم يدخل تحت المعيار
الشرعي وجبت القيمة عند الاتلاف لا مثلها فلو ثبت مكيلا او موزونا لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات
كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي لا يجوز لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والمخلص
المساواة ولم يوجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوي
فما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد
نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع فيما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف
الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا
كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال … فاذا

عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الآخر فالاول
تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنسأ لعدم العلة المحرمة وتحقيق ما اشار اليه بقوله والاصل هو
الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمهما لان العدم
لا يثبت شيئا واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة
في شعير لحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النسأ باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية
وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسأ لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل لان
حقيقة الفضل فيه مانع من ايجاد في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين والشبهة
اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر نفي عدم تحريم النسأ زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه
يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم في
حرمة النسأ التام يوجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجوز بيع الذهب
بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في
بيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف ان مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربا حقيقة
وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها
وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة
علة وما يجري فيه ربا النسيئة مال الربا من وجه نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس
كالهروي مع الهروي فانه كان احدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة
الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق
شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما ان
ان كون جزء المال الربوي من وجه شبهة وكون النقد بها اوجبت فضلا فضاد شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون
النازل عنها والثاني ان تكون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني
مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان يكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في
المحل والثانية في الحكم وثمة اخرى وهي التي في العلة وبشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة
وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في محلها اذا
وجدت لعلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي يدل على كل واحد منهما كما
استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامره ان
اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل الشافعي به وبما روي ابو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعناه عن ذلك فان
قيل اجماع الصحابة على حرمة النسأ ممكن الاستدلال به او الخبر المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم
سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا على النسأ في كمال العلة لا في شبهتها وقوله الا انه اذا اسلم استثناء
من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران
لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما

يختلفان

يختلفان في صفة الوزن ومعنى وحكما اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات وهي صنجة
شكل ترازو ونقل عن الفوائد انما السنج بالسين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين واما الثاني فلان
الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باع بالنقود موازنة
بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا وقبض البائع صح التصرف فيه
قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه منوان مثلا وقبل المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا
في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين
اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ
بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما بل صار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف تسامح
فانه قال اذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة وهذا قال شمس الائمة بل يقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى
وحكما لانه اذا اختلف صورة على ان هذا صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فذكر اعتبار زايد على
ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل فيه رأس المال
النقود فلو لم يجوز لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فاتسع الشرع
في التجويز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا الكلام ممن يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به قال
وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة
والشعير والتمر والملح فهو مكيل ابدا وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة
فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على
من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانها اي عادات الناس دلالة على
جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف انه اعتبر العرف
على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان
للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يبنى الحكم على العادة فعلى
ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام
في الحنطة ونحوها وزنا على اختيار الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمحتاج فيه انما المحتاج
هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه ذكر في
المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز وكان في المستصفى رواياته قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني
والفرج نصف من والاواقي جمع اوقية كالقفيز واوقية في قبيل هي وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما
والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن اذ تقديرها
يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل مثل بقوله لانها قدرت بطريق الوزن
اذ تقديرها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها
يعني ان سائر المكاييل لم تقدر بالوزن فلا يكون الوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه

يكيل المشتد لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال
لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز كما في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال
يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في
كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فعرفنا ان كيل الرطل
موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان
عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس وقوله يعتبر خبر ان لقوله
عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته
على الوجوب وهاء ممدود على فعال ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان
وقد يقول يدا بيد جوابا الى افادة معنى التعيين كما تبين وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه
التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة
بكر حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير وثمرته انه اذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على
بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة وكناية
عنه ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا كالحال والمؤجل ولنا انه
مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة
وغيرها وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف في
المبيع وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف
اجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه ليتعين به فان النقود لا تتعين في العقود قال
ومعنى قوله عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا له على
القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رض عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين
والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون
القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الآخر قال يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض
لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل
المحتمل على المحكم ولا يقال انكم العمل بعموم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى
القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه في الصرف بمعنى العين لان التعيين فيه
لا يكون الا بالقبض فهو في معنى العين في المحال كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بانه لو كان بمعنى
التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب بيع باناء مثله لانه لا يلزم تعيين العين فان الاناء يتعين بالتعيين
عندكم لكن القبض شرط واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين
والشبهة في الربوا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقتكم في ان الاثمان
المطلقة لا تتعين واما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادي ههنا وثبوته
بالدلائل الملزمة على الخصم في موضعه وقوله ويتعاقب القبض جواب عن قوله ولانه اذا لم يتقابضا في المجلس ووجهه
ان المانع تعاقب بعد تفاوتا في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون

في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين
بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا
يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء من جنس الجوز والبيض والتمر حيث اثبتنا الاولى ضمان المستهلك ولا يخفى
يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان الثابت في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت وقد يقبل
ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فيعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة
صغرا وكبرا وخالف الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
بيع الفلس بجنسه متفاضلا على اوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما
والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس
على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا واما
الثاني فلانه لو جاز لامسك البائع الفلس المعين وطلب آخر وهو فضل خال عن العوض واما الثالث فلانه
لو جاز لقبض البائع الفلسين ودفع اليه احدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض واما الوجه
الرابع فيجوزه ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح
الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت اثمانا وهي لا تتعين
بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كان بغير اعيانهما فصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا تبين ان
الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس
معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما
اذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا كسدت
باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يكون عروضا ايضا باصطلاحهما اذا كان الكل
متفقا على ثمنيتها اصلاحا واجيب بان الاصل في الفلوس ان يكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد
على خلاف الاصل فلا يجوز ان يكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عروضا
كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه ثبتنا في قوله
ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما ويمكن ان يقال لهما ان الثمنية قبل الكساد ثبت
باصطلاحهما او بشرط ان يكون من سواهما متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا يتعين
بالتعيين فان قيل اذا عادت عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين
وذلك لا يجوز اجاب المص رح بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد وهو مقابلة الواحد بالاثنين
اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العد بلزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها
فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد
العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو صار الى ذلك الاصل حمل على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها
مطلقا او في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد قوله فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك
العددية عن الثمنية قوله بخلاف النقود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة
فلا تبطل باصطلاحهما قوله وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لان ذلك لم يجز لكونه كالي بكالي

اى نسيئة بنسيئة وهو منهى عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب عن المسئلتين الباقيتين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النسا قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز لا متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لانهما يكيلان والمجانسة باقية من وجه لانهما اى الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يوثر الا فى تفريق الاجزاء والجمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر والمجانسة من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعانى كما بين الحنطة والشعير وقد زاله ويوجد المجانسة الصورة واختلفا بالمعانى فان ما يبتغى من الحنطة ما يبتغى من الدقيق فانها يصلح لاتخاذ الكشك والهريسة دون الدقيق والسويق وربما الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبعده وزنه دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه موضع الشك فى زوال ما تيقن لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق والسويق حنطة اولا والثانى يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما يكون بالكيل والكيل غير مستو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة فى احتمال الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل فيل حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة فى الاصل وعلى ما ذكرتم فى هذا الفرع يثبت حرمة لا يتناهى فيعاد مثل ابطاله الذى على ما عرف واجيب بان حرمة الربوا تتناهى بالمساواة فى الحقيقة او فى الشبهة والثانى ممنوع فان حرمة الشبهة لا يتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثانى ويجوز ان يقال لا يتناهى بالمساواة فلابد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المساوى متساويا وكيلا بكيل قيل حالان منها احلان لان العامل فى الاول بيع وفى الثانى متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفايدة ذكر الثانية نفى توهم جواز المساواة وزنا كما حكى عن الشيخ الامام ابى بكر محمد بن الفضل ره ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابى حنيفة ره متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء الحنطة غير مقلية والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعضها بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعضها بالجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شئ من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فيبيعون كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذى يشملهما وفوات البعض لا يعتبر كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة التى اكلها السوس المقلية هى المشوية من قلى يقلى اذا شوى والمقلوة من قلا يقلو والعلكة هى الجيدة التى يكون كالعلك من صلابتها بعيدة من عدا القطاع والسوس العث وهى دودة يقع فى الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو والمشددة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما فى الاثمان المختلفة ومنها ما اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة ممكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق اذا كانا متساويين فى الوزن وآولا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط

وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله غير جائز عند محمد الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والباقى معه لوجود الجنسية باعتبار ما فى الضمن فصار كالخل اى السيرج بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بعزوب فيه فلا يدرى انه خففت نفسها او ثقلت بخلاف مسئلة الخل بالسمسم لان الوزن فى الخل يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير وهو الثفل وهذا فى الحقيقة جواب عما قال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذى يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الخل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الخل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الخل من السمسم والحيوان لا يوزن فى الابتداء حتى اذا ذبح وزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفى ذلك اختلاف الجنسين ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يجمعهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك اجيب بان النسيئة ان كانت فى اللحم فهو سلم فى اللحم وان كان فى البدل الآخر فهو سلم فى الحيوان وكلاهما لا يجوز قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل يجوز عند ابى حنيفة رحمه الله خاصة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث سعد بن ابى وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر قال اينقص اذا جف فقيل نعم فقال لا اذا اى لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة فى اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل لانه الحال لا يعلم ذلك وقوله فقال عليه السلام هو الدليل ولابى حنيفة المنقول والمعقول اما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرا حين اهدى رطبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما رويناه من الحديث المشهور واما المعقول فما روى ان ابا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعنى قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاوردوا عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف فى النقل فاستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته فى الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان الترديد المذكور يقتضى جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان يكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا يكون فيجوز بآخره فهم من قال ذلك كلام حسن لكنه انما ظهر لدفع شغب الخصم والحجة لا يتم به بل بما يشاهد من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمر خارج من النخل من حيث ينعقد صورتها الى ان يدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرنى وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة ولا يجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما كيلا ولا يجب لما قيل انه المقلى منه تفرع عليه الاجزاء فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت فى الصنعة وهو ساقط العقد لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين

والنسيئة فكل تفاوت ينبني على فعل صنع العباد يعتبر مفسداً كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت
خلقي فهو ساقط الاعتبار كما في الرطب والتمر والجيد والردئ والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور وبعد
هو بالخلاف وفيه الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة رح وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة
المقلية بغيرها وهذه الرواية يقوي قول من قال الحجة انما يتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لا يرد باطلاق
التمر على الرطب بجعلهما نوعا واحدا لجواز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فامتنع القياس
الضمني المستند كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي
لانه تفاوت يظهر في اعدل الاحوال وهو عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا انه بيع التمر بالتمر
متماثلا وما كان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة
الرطبة بالمبلولة او باليابسة او التمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع من انقع اذا القى في الخابية
ليبتل ويخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز في جميع ذلك هو
يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومعرفة حديث سعد وابو حنيفة يعتبرها في الحال عملا
باطلاق المشهور وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رض واحتاج
محمد رح الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها وبين بيع الرطب بالرطب
حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت
اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا
ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد من البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون
معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة
الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو لا يتبدل قال ولو باع البسر
بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما ينعقد صورته ويعد به
متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء
وهو كم النخل تنشق عنه لانه ليس بتمر في جوفه بالتمر جائز متفاضلا ومتساويا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه
قبل انعقاد الصورة ولو كان الكفرى عدديا متفاوتا قيل هو جواب سؤال تقديره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام
التمر في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت بالصغر والكبر ويتفاوت آحاده في المالية
فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج
الدهن الابيض ويقال للعصير قبل ان يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم
ان المجانسة بين الشيئين يكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود
الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول
يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالآخر
فلا يخلو اما ان يعلم كمية ما في المستخرج من الزيتون او لا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمتحقق في هذا
الباب والاول اما ان يكون المنفصل اكثر او لا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والنجير ان نقص
المنفصل من المستخرج من الزيتون والنجير وهو اي الثاني على تقدير ان يكون النجير ذا قيمة واما اذا لم يكن كما

في الزبد بعد اخراج السمن واذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروي عن ابي حنيفة رح
والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره
والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل ان يقول السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والنجير فاما ان يكون المجموع
مقصودا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي
او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا لصرف كل واحد من الدهن والنجير الى خلاف جنسه كما اذا
باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او النجير مقصودا اليه فقط والثاني
ليس عادة والاول يوجب ان لا يقابل النجير لشيء من الدهن وليس كذلك والجواب ان المقصود اليه هو
المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا لو صرفنا كل واحد من الدهن والنجير
الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية والدهن
والنجير ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل
فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرج من الوزن او خرج
من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن
جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روي عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وهذا انه لا يجوز
مطلقا قال ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف
الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا
وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا
وكذلك الالبان وعن الشافعي رح ان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا
ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكر
من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والثمنية في النقود والمعتبر الاتحاد
في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لانه ذكر ايضا
انه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا وقوله
اذا لم يتبدل بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء بالصنعة
فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة يكون مختلفة كالمرعزي والمرعزي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا
في اتحادها فكان من يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا
يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع
اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش
مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال
وكذا خل الدقل بخل العنب الدقل هو اردأ التمر وبيع خل الدقل بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا الحكم سائر الانواع
ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل لاختلافهما
وهذا كان عصيرا هما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد
فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا وهذا نظير ايجاد اختلاف المقصود كالسمن في الصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد

الاصل فان المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود والثياب لا يقال لو اختلفا بالجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد فكانا بجنس متحد الا انا لا نسلم ذلك فان لبن البقر لا يصلح لبعض ما يصلح له لبن الغنم فلا يتحد القصد اليهما والاولى ان يقال قلنا اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم يقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل ان يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين انه مانع بانح فلا يغنيا نقض اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود لا يصح **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم يبيع شحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع فكما في الطب **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونهما نقدين او حال احدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار عدديا او موزونا فخرج من كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فالجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن ابي حنيفة انه لا خير فيه اي لا يجوز والتركيب لنفي الخير في النفي لانه نكرة في سياق النفي فعم في جميع جهات الخير وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الحنطة والدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف لانه اسلم موزونا وهو الخبز ولا يجوز عندهما لما نذكر قال الحسن والفتوى على قول ابي يوسف وهذا يعني من قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى كيلا صيرا استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت الخبز من حيث الطول والعرض والخلط والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيجي منه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول التنور لا يجيء مثل ما في آخره وهذا الخلاف في جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا او وزنا تركا للقياس للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده **قال** ولا ربا بين المولى وعبده لا ربا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربا لان تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربا احتيل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي حنيفة وعندهما وان كان ملكه لكن تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف

وان شق ودع لها الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهما بدرهمين لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم اليهم الحرب وفعل ذلك لا يجوز بالجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روي مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من اخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله فيحل بخلاف المستأمن جوابا عن قياسهما وتقريره ان المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد اخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان وهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء العقد **باب الحقوق** قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المبوب فيما يورد من مسائله وهناك هكذا وقع فكذا هنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع **قال** ومن اشترى منزلا فوقه منزل ذكر ثلثة اسماء المنزل والبيت والدار وفسرها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى التصريح بما يدل على المرافق لدخولها وعدمه فالدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه تتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الا العلو الا ان يشتريه ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلث مثل ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيها العلو والكنيف وهذا لان الدار لما كانت اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها فانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان ذا له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ الغير اعرتك لم يتناول لعارية المستعير اصلا لا استعادة لا اصالة وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره واما الايداع فيما يختلف باختلاف المستعمل فلا دفع النفع به والمكاتب لما احتيج بمكاسبه كان احق بتصرف ما يوصله الى المقصود وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان العلو وعدمه لم يكن له مدخل في التعليل فيقال في معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانة في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الا بذكرها ذكرنا وهو قوله بكل حق هو لها عند ابي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف

ان كان دخله في الدار ينصف تعريف قاضي خان للطلاق وانه جعل المخرج في الدار قال ومن اشترى بيتا في دار
او منزلا او مسكنا ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدى العبارات المذكورة في
الشرب والمسيل لانه خارج الحدود ولكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع اي بقوله بكل
حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل فيه استحسانا والدور والمسيل والشرب في استيجار الاراضي
وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة ينعقد لتمليك المنافع ولهذا لا يجوز فيما لا ينتفع به في الحال كالارض
السبخة والمهر الصغير ولا انتفاع بالدار بدون الطريق ولا بالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر
لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجر فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه واما البيع فلتمليك العين
لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر ولا الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان
المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة وقد يتحد العين لكل واحد او ثنيا ويل المذكور وقد يستاجر
ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال ومن اشترى
جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها
وولدها وان اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكر ان البينة حجة مطلقة في حق
الناس كافة ولهذا اذا قامت بعد البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض
فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ومتفرعا منها فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة
لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد
له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها المشروطة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر
على الحال فلا يظهر ملكا للمستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم
على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لانه الظاهر كذا في
النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا
قيل يدخل تبعية لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان
مستقلا فلا بد من الحكم وقيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد اذا قضى القاضي بالاصل
ولم يعرف الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد
قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو
اما ان يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما ان يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان
كان الاول فليس له على العبد شيء في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد
بحال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا اية غيبة كانت وعن ابي يوسف انه لا يرجع على العبد في البيع
والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود
هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما
ان المشتري اعتمد في شرائه على امره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله
في الحرية فحين اقر بالعبودية فيلتحق المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بامر الغير واقراره مغرور

الغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال
لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر
قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر
رجوعه على البائع دفعا للغرور ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه قوله والبيع عقد معاوضة يصح ان يكون
معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن وابتناء بيان اختصاص وجوب الضمان بالغرور
في المعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه
فاذا هو فيه لصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام
فانه غير مسموم فاكله فظهر بخلافه لم يكن تغريرا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه
ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به
الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا براس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل
الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال
على قول ابي حنيفة وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بقوله
قال اشترني فاني عبد اما ان يدعي الحرية اولا والاول تناقض والثاني ينتفي به وجه الحرية والجواب ان
قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان اراد الاول فله وجهان احدهما
قال عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم يحتاجون
الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم بناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة
الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم يكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض
مانعا والثاني قال بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكن تعذر في التناقض
لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر وان اراد الثاني فله الوجه
الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به من حيث لا
يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع فانها تقبل منها لان
الزوج متفرد بالطلاق فربما لم يكن عالما عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلث لان فيما دونه امكن ان تقيم
بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي ابانها به او المرأة بينهما قبل يوم او يومين واما في الثلث فلا يمكن ذلك
وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة
البينة على ما ادعيا قال ومن ادعى حقا في دار ومن ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده
على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها
فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم يسلم
فينقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز
لان الجهالة فيما يسقط لا يفضي الى المنازعة قال ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح
لان دعوى الحق في الدار لا يصح للجهالة ولهذا لا يقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ
يصح ويقبل البينة

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق

ظاهر لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باع ملك
غيره باعه بغير اذنه فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير
فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ
ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء
فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية
شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون
الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده اما
انه تصرف تمليك فمن قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك واما انه تصرف تمليك فلانه
تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب
الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بعده بدليله وهذا
التصرف لما كان موقوفا لما نذكر افاد حكما موقوفا كما ان السبب البات افاد حكما باتا وان السبب انما يلغو
اذا خلا عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل
والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم
الا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا واما وجوب القول بانعقاده فلان
الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من الملاك
والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار
الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلا
لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او الاذن ولم يوجدا اجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت
دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر
بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم الا ترى
ان بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق
ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على الاجازة ثابتة والدليل
على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا
سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحي عن عروة البارقي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطاه
دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم
في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لانه
دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل ولم ينقل والمنقول انه عليه السلام امره ان يشتري اضحية ولو كان
لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعه او لا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان
الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتداء
بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العين
لاجل فلان فقال المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة

فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على اجازة الغير وفي قوله لاجل فلان يحتمل
لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك فلم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف
على رضا الغير والى هذا الوجه اشار المصنف فيما بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة قوله وله اي للمالك الاجازة
اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف في الذمة
واما ان يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز
حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكر ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود
عليه وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يد
الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام الثمن ايضا فان
الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك اما ثمه اجازة نقد لا اجازة عقد
البائع باع متاعا لمالكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل
المبيع ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع من وجه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا
على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكان للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع
الى الفضولي فله ان يتجرد عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فانه ان فسخ قبل الاجازة باطل لان
الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة
انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما كان الثمن دينا او عرضا لانه توقف على اجازة
المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة الرجل وقد وطئها مولاها بغير اذنه ثم مات المولى
قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية توقف
حلها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا
لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث
حتى لو لم يكن موطوءة الاب بطل نكاحها ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم
جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى
يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل
الشك ههنا استوى طرفاه فما وجه ترجيح طرف البقاء اجيب بان الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب
بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا
يصلح فيه حجة قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز
وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكر في الكتاب ومن غصب عبدا
فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك ههنا لان الموقوف
لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الآخر فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق لان
المصحح هو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ما رويناه ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا

لان محل الرق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المص بفرع في ذلك وهو قوله وهذا الاصح ان يعين
الغاصب ثم يؤدي الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري من
للبائع ثم يجيز البائع وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب
يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من غيره ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذا كما اذا
اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا يرى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ
بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه فاذا لم ينفذ ما هو اسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح
اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولنا ان الملك فيه ثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت
موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه يثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة
الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك
فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث
عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في
ملك موقوف وهذا الحصر الاول ذكره المص للاستظهار واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار
وقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وهذا يخرج جواب محمد عن المسئلة
المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال
في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب ان
لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلا من جواز البيع وجواز
العتق محتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال لهذا بخلاف
الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة
وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد
حقيقة الملك يكفي لنفوذ البيع ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قرر كلام المصنف هكذا
اي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ان
يكون فيه حكم الملك والغصب يفيده قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع جواب عن المسئلة الثانية
فان البيع بالخيار ليس بمطلق فان السبب فيه غير تام فان قيل ان الخيار يعتدون بالعقد نفسا وخيار الشرط
يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد لكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم
قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك
بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث
من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي يثبت
للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف والثاني ان طرو الملك البات على الموقوف
لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الوقوف لان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي
فان ملك المالك بات فكان يجب ان يمنع بيع الفضولي وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك
ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق المالك

بل يوجد من الفضولي وهو المنع انما يكون بعد الوجود واما المالك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات
فابطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود
دفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرو الملك البات يبطل الموقوف وليس لملك المالك طارئا
حتى يتوجه السؤال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان
فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقد علم ان البيع
فالعتق اولى قال المص وهو الاصح ولئن سلم فنقول ان ملك المشتري يثبت من جهة الغاصب وحقيقة الملك لم
للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن يتلقى من جهته ولهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك الى وقت العقد
من جهة المجيز والمجيز كان مالكا حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد قال واذا قطعت
يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش
للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه
ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب
فالاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما
حدث بالجارية عند المشتري من ولد وكسب فانه يسلم اذا اجاز المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه يتقرر بها
والكسب والارش والولد لا يملكه الا ملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب
فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج
فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن
الاول بان الملك في المغصوب يثبت مستندا على ما عرف وهو ثابت من وجه ثابت من وقت الاداء فلا يملك الارش
لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب ان يجعل معلقا بالشرط
لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يجعل
سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندنا يثبت الملك من وقت العقد والتفويض
مما يحتمل التعليق فجعل الوجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندنا يصير كانه وجد الان فلا يثبت حكمه الا
من وقت الاجازة وهذا اي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف
لانه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند
اداء الضمان والعقد اي الجواب لمن هذه الجهة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا
قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري بخيار
للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه دون الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري
فيما اذا كان الخيار للبائع على ما تقدم هو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقرانه
الشرط يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل
لا الملك من وجه دون وجه وقوله على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا اذا قبضه
بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة

والذى دخل فى ضمانه هو ما كان مقابلا بالثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان
الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفى كتاب
انه اذا لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون ما زاد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض ليس
فى ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت
الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى قد جمع الوجهين فى الكتاب على الاعتبار
قال فان باع المشترى من آخر يعنى ان باع المشترى من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول
لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف ابطله
ولانه فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل يشمل
بيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولى ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك
انعقد بيع الغاصب والفضولى موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ فى بيعهما انما هو فى النفع الذى يحصل
للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف
عملا بهما لا يقال لا يفسد بحكم فيترجح لان الصحة فى العقود اصل فعارضنا على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم
اعتبار المتروك اجماعا وهو انه لا يصح بيع اصلا لا سيما فى المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع
قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشترى الاول لم يملكه حتى يطلب مشتريا
آخر فتوقف البيع الثانى عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله
لانه لا يؤثر فيه الغرر الا يرى ان البيع قبل القبض فى المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض
يصح قال فان لم يبعه المشترى فمات فى يده او قتل اى فان لم يبع المشترى من الغاصب فمات فى يده
او قتل ثم اجاز المالك البيع اى بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود
عليه وقد فات بالموت والقتل ومن اشتراط ايجاب البدل للمشترى بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا
ملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل بالبدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف
البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشترى ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون
المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشترى بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشترى قال
ومن باع عبد غيره بغير امره يعنى رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشترى رد البيع لانك بعتنى بغير امر صاحبه
وجحد البائع ذلك فاقام المشترى البينة ان رب العبد او البائع اقر انه لم يأمر البائع ببيعه لا يقبل بينته
لانها تبتنى على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام
المشترى دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة
الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة وان اقر البائع
بذلك اى بانه باع بغير امره بطل البيع ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من اقر
بشيء ثم انكر صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا يتعدى فى حق الغير فاذا ساعده المشترى على ذلك تحقق الاتفاق
بينهما فجاز ان ينقض وذكر المصنف مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها قيل رجل ادعى
على رجل المشترى بان ذلك العبد وصدقه المشترى فى ذلك ثم اقام البينة على البائع انه اقر بان المبيع لهذا

المستحق

باع عبد غيره بغير امره

الا ان الاقرار حجة قاصرة لا يتعدى الى الغير

المستحق يقبل بينته وان ناقض فى دعواه قال وفرقوا اى المشايخ بين هذا اى الجامع الصغير والزيادات بان
العبد فى هذه المسئلة اى فى مسئلة الجامع الصغير فى يد المشترى فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع
سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفى تلك اى فى مسئلة الزيادات العبد المبيع فى يد المستحق
فلا يكون المبيع سالما للمشترى فيثبت له حق الرجوع لوجود شرطه قيل فى هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة
فى الزيادات ايضا فى ان العبد فى يد المشترى ولئن سلمنا انه فى يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض
المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشترى اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع فى مسئلة الجامع الصغير
فلم يقبل للتناقض وفى مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة
قال صاحب النهاية ولم يتضح لى فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق فى وضع
الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشترى اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان
قال عدلان سمعنا قبل البيع اقراره بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح فى الفرق ما ذكر انه
على ما قررناه وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بان المشترى غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر
العقد اصلا ولا تملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة
واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا فى مسئلة الجامع
الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو فى يده ولم يجعله متناقضا فى الفصل الثانى لانه
يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه فى يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان هذا ما ظهر لى
قال ومن باع دار رجل قيل معناه باع عرصة غيره بغير امره وادخلها المشترى فى بنائه قبل
قبضها وانما قيد بالادخال فى البناء اتفاقا لم يضمن البائع اى قيمة الدار عند ابى حنيفة رح وهو قول ابى يوسف
آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار وقد مر سياقها

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التى لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع فى بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم
على الصرف لكون المشروط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل
فيه الثمن وفى اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل باجل قيل هو بالمعنى اللغوى الا ان فى الشرع اختص بزيادة
شرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل
لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لآخر اسلمت اليك عشرة دراهم فى كر حنطة او
اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من
المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازه سنذكرها فى اثناء كلامه ان شاء الله قال السلم
عقد مشروع بالكتاب السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين
آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تداينتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام
بان من حق الاجل ان يكون معلوما ووجه الاستدلال ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه اشهد ان الله احل السلف المضمون
وانزل فيها اطول آية فى كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم
بدين الآية فان قيل استدلاله بخصوص السبب ولا معتبر به وانما العبرة لعموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به وقوله
المضمون صفة مقررة للسلف كما فى قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ومعناه الواجب فى الذمة واما السنة

تعالى علمهم

فاروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه
بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله صلى
الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب ينصرف الى كونه معلوما لانه
يتحقق الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا
اول العابدين فالجواب ان القليل قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات
والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا
فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان
والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمهما الله وهذا الاختلاف
فيما اذا اسلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير فيمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على
انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم
او دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجبا
في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يمكن تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجبا
فيه فلا يكون صحيحا قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات
جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار
لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما وعلى هذا التقدير سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا
من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو
كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك وان كان
قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة
اخصت منه المكيلات والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءها تحت قوله لا تبع فالجواب
انا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرط له وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو يخص بالقياس
فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات المتقاربة وهي التي لا يتفاوت احادها كالجوز والبيض
لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروعات
فجاز السلم فيها الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما
يباع جوز بفلس واخر بفلسين وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا
فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب ان يعتبر التفاوت الاحاد في المالية دون الانواع وهذا هو
المروي عن ابي يوسف ويؤيد ذلك ما روي عن ابي حنيفة ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده
في المالية ثم كما يجوز السلم فيها اي في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي
وعنه انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار يعرف بالعد تارة وبالكيل اخرى فامكن
الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا قال وكذا في الفلوس
عددا ذكر في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف واما عند محمد فلا
يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز وظاهر ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير

عليهما

عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا ابطلت الثمنية صارت مثمنا يتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب
الربوا في مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال يجوز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق
بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم يتضمن ابطال الاصطلاح
في حقهما فبقي مثمنا كما كان ضرورة ثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض
جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان وعند بيع الواحد بالاثنين
ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز
عندنا خلافا للشافعي فانه يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبختية والعراب
والصفة كالسمين والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عليه السلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا
والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا انه بعد ذكر الاوصاف التي اشترط الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية
باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون فرسان متساويان في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة
للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المانعة لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت
تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول اية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربا
بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فلعل الالات كانت من دار الحرب لتقويتها في دار
الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة
حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش في
المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي تؤكل وان السلم لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز السلم
في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من
ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمنازع فيه هو الموصوف
منه فلا يستقيم محل النزاع لان محمد بن الحسن ذكره في اول كتاب الصرف ان ابن مسعود دفع مالا مضاربة
الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم
اموالنا وهو دليل على انه لم يكن النهي لكونه مطلقا لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال
في كلام المص تناقض لان الدليل المذكور بعقولهم ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال
على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة قوله ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز
في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع ما دون الكعبة من الدواب والاكارع جمع لانه عددي متفاوت
لا مقدر له ولا في جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يجوز
انه يجوز وزنا لتعين عددها لان معناه انه عددي بحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن
عادة وذكر في الذخيرة وان بين الجلود ضربا واحدا يجوز وذلك لانتفاء المنازعة ولا في الحطب حزما لكونه
مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا بجيم معجمة مضمومة بعدها
راء مفتوحة وزاي وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه
شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين

المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام عقلية حاصره وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيهما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا له لما ذكر ان فى الرابع وتكليلهما على ان دين وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه شرط عليه السلام لصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود فى مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع هو ما لا يوجد فى سوقه الذي يباع فيه وان وجد فى البيوت عن معتقد وعليه بالاكتساب وعقبه جاء عليها واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما يكون موجودة اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك وقد بان الجموع ثابتة فيبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكال فى الشيء بطلت بشرط فى اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب ووجوده لا كالمال ووجوده شرط فوجب ان السلم فيه كذلك قال ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم فى موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طار على شرف الزوال فصار كما اذا ابق المبيع قبل القبض فى بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه فى السلم هو الدين الثابت فى الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الابق وفي قوله العجز الطارى على شرف الزوال اشارة الى الجواب عن قياس الشافعي فيه هو على هلاك المبيع فى العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك هاهنا وذلك ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا قال ويجوز السلم فى السمك المالح الى اخره السلم فى السمك عددا لا يجوز مطلقا كان او مالحا للتفاوت ووزنا اما ان يكون فى المالح او الطري فان كان فى المالح جاز فى ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان فى الطري ان كان فى حينه جاز كذلك وان كان فى غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان فى بلد لا ينقطع جاز وروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم عنه الاختلاف بالسمن والهزال وفي الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة وهو القديد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزرنوجي كفى بذلك حجة الفقراء قال ولا خير فى السلم فى اللحم خير نكرة وقعت فى سياق النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم فى اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات وهذا لانه يضمن بالمثل واستقراضه وزنا يجري فيه وبه اخذ الفقيه ابو الليث. وفي الفصل فانه قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه

وفي تعليله تأمل لانه لم يكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم فى لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا يجري فيه الوفاق فيكون البطلان بسبب انه سلم فى المنقطع والسلم فى مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن واما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لانه مما يقع فيه التفاوت فى اللحم بسبب العظم فى الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال الشيخ الاسلام وهذا يقوي وجه التأمل ولابي حنيفة طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا ترى انه تجري المماكسة بين البائع والمشتري فى ذلك الذي فى النزع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا يرتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه فى منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدري انه عند المحل على اي صفة يكون وهو الجهالة المفضية الى النزاع ولا يرتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه فى منزوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قولهما وهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعني ان الاستقراض حال المقبوض ولا يفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا يرتفع به الجهالة فلا يكتفي به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي هو استدل باطلاق رخصة السلم لان قال مطلق فيجري على اطلاقه ولنا ما ذكر وهو قوله عليه السلام الى اجل معلوم لما ذكرنا وقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى اجل معلوم وهو نقول والخصم ممنوع وح لم يبق مقيدا فيحمل على المطلق والدليل على ذلك قوله فى كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن فى شيء واحد فكان معناه فى كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل ضرورة ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة ولا ضرورة فى التقدير فى الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لا جل الاخر قوله رخصة السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما يكون للضرورة ولا ضرورة فى السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شرط السلم لا لبيان الاجل فليتأمل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بد وان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم فى الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخصة فبقي على النافي وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل التسليم بالاداء الى النزاع المخرج للفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما جاز ممن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادني الفتين وهو دليل على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما فى رخصة المسافر قال ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل فى السلم لا بد من كونه معلوما عادة ونا بالمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما فى البيع فهنا يبطل بجهالة قريبة وذلك يتوقف فى بعيدها واختلف فى ادنى الاجل فقيل ادناه شهرا استدلالا بمسند كتاب

الا بان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر
وما فوقه في حكم الآجل وقيل ثلثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا
اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمة بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف
يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة
اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولذا ذكر في كتاب الايمان
قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم
مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال او الذراع فيفضي الى المنازعة وعلم من هذا ان المكيال
اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك او باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول الامن عن
المنازعة وقد مر في بيع اول البيوع ان البيع بإناء بعينه بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان التعجيل فيه يمنع
الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خشب او خزف او نحوها اما
اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لان فعليلا بفتح الفاء ليس من ابنيتهم والجراب والغرارة
والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف رح استحسن في قرب الماء وهو ان يشتري
سقاء كذا وكذا قربة بهذه القربة من ماء الفرات للتعامل قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا
لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض آفة موهوم
فينتفي القدرة على التسليم اشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمر فلان واما من
حايط فلان فلا ارأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه الكلام بيانا
بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمر قرية بعينها وقوله مال اخيه اراد به رأس المال اي لو لم يحصل الثمر فبأي
طريق يحل رأس المال للمسلم اليه ولو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة
التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة جاز العقد فان نسبة
الخشمراني ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشمراني
وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي وتبين جواز الثاني دون
الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة
معلومة سواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة
في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما تنبت بارض هراة والنابت في غيرها
لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة
جاز كالاول قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط صحة السلم موقوفة على وجود سبعة
شرائط عند ابي حنيفة رح وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها
ونوع معلوم سقية او بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة
الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة او ردية ومقدار معلوم عشرين كرا بكيال معروف او عشرين رطلا واجل
معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم الى آخره ومن المعقول
ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة رأس المال اذا كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل

والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله
الى ظهر او اجرة حمال فهذا اشتراطهما لصحته عند ابي حنيفة رح وهو المروي عن ابن عمر رض خلافا لهما قالا في المسئلة الاولى
ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمنا في البيع او اجرة في الاجارة
واشير اليها جاز وان لم يعرف مقدارها فكذا ينبغي ان يكتفي بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا
كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا والدليل يعرف في بيانه ولابي حنيفة رح انه ربما يوجد بعضها
زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال يستلزم جهالة
المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا فربما يجد بعض ذلك زيوفا وما لا يستبدل في مجلس العقد
بعد ما رده فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة
بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله او ربما وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه
وليس لرب السلم ان يرد رأس المال فاذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به
فيما بني على الرخص اجاب المص رح بان الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي [illegible]
الا ترى انه لو اسلم بمكيال بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر ادنى
الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار المنازل عن الشبهة لان وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة
لاحتمال ان لا يكون كذلك وبتقدير الوجود الرد محتمل ان لا يرد وبتقدير الرد تركه ان يستبدل في مجلس الرد ايضا
محتمل والمعتبر هي دون المنازل عنها فالجواب ما تقدم ان المتحقق من الموهوم هو ذلك وقيل بل هذه شبهة
واحدة لان كلا منها مبني على وجود الزيوف والاول اظهر قوله بخلاف الثوب جواب عما قاساه عليه من الثوب
وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان الذرع في الثوب المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا على
المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما
تعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله يعني ذلك فان
البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في
معرفة مقدار رأس المال ما اذا اسلم مائة في كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند
ابي حنيفة رح لان المائة ينقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس
مال الكل منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين يكفي لجواز العقد وقد وجدت ولو اسلم دراهم ودنانير
في كر حنطة وقد علم وزن احدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد
في حصته لعدم شرط الجواز وفي حصة الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود
الاشارة وقالا في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه
وما كان كذلك يتعين للايفاء ولان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة
بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولا تزاحم مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كاول
اوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض
والغصب في تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد رح ان المشتري
ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار

وهو دعوى بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط
على البائع الحمل الى منزله يفسد العقد لاشتراطها في المصر او خارجه بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان
مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر
في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكره في التعليل وسند بعد انتقاضه
وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح يخالفها ابطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن
بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة ان التسليم غير واجب في الحال لاشتراط الاجل فلا يتعين
وكل ما هو تسليم غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين
للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على وفق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس
الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين
موضعه قال ارايت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول
الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن
والمسلم اليه يسلم في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان
وعن هذا اي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب
التحالف عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في احد البدلين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده
بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان تعيين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف
في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار كالاختلاف في الاجل والاختلاف فيه لا يوجب
التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشترى شيئا بكيل او موزون موصوف
في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل لا يشترط
بالاتفاق والاول اصح وهو اختيار شمس الائمة لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات
وصورة الاجرة استاجر دارا او دابة بكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء
عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة يسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما
دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة يشترط
عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج
فيه الى بيان مكان الايفاء وقد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل
ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة
واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان
العقد فيه للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع وبيوع الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيرجح على غيره
وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف
الاماكن فيه قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم
التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم

بنقل مؤنة ولا يختلف الثمن باختلاف الاماكن وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط خطر الطريق ولو عين
المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة
وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه
مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس
المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مجلس العقد قبل ان يفارق كل واحد
من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا
كذلك فسد اما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي
بالكالي اي النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل
والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة
فانها عقود ثبتت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جوازه لان العروض
تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لا يؤدي الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال
لينقلب اي ليتصرف فيه المسلم اليه فيقدر على التسليم ولهذا اي ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه
خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت
الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية
لكونه غير مفيد لان فائدة الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما اخذ عين ما لو ورد المأخوذ عاد
الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذ ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدة لا يجوز اثباته وفي بيع
العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية برد المبيع لانه عين ما ورد العقد عليه فينفسخ حينئذ
فيه اشكالان احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به رأس المال او المسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية
ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لانه في بيان
اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا
والثاني ان المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم
فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان دينا في الذمة لم يتسلسل ولا يفيد واذا كان
عينا وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل
عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها
بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو اما ان يكون
رأس المال قائما او لا فان كان الثاني فلم يصح العقد بالاسقاط لانه ابتداء عقد برأس المال دين لا يجوز فكذا
اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء والجواب انه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع
وان كان الاول جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه
ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر قال وجملة الشروط جمعها جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام
رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعجيله والاعلام التسليم قبل الافتراق كما
تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تاجيله يعني الى اجل معلوم

وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايفاء كما تردد في القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا قال ومن اسلم
مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء اطلق المائتين
ابتداء او اضاف احداهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد
طارئ اذ السلم وقع صحيحا اما اذا كان اطلق ثم جعل المائة من راس المال قصاصا بالدين فلا اشكال لانه طارئ كما
لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طاريا واما اذا اضاف الى الدين ابتداء فكذلك
ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود فما كانت عينا فكذا اذا كانت
دينا قضاء بالاطلاق والتقييد سواء الا يرى انه لو باع عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع حيث
لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي
وقيد بقوله مائة منها دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست [illegible]
قال ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في راس المال قبل القبض لان شرط
صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو يحصل
نوع فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض
لا يجوز ولا باس به لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشترى وراس المال ان كان شيئا جاز ان
يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذلك الشيء ولا يجوز الشركة وهو ان يشرك شخصا آخر في السلم
فيه ولا التولية وصورتهما ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد ما دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من المرابحة
والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقالة معروف فانه يولي غيره ما تولى
فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تاخذ الا سلمك او راس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبها بالمبيع
لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك
لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل راس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا
خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو
بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت
شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض راس المال
في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء اجاب بقوله لانه اي لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل
وجه لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه
في الثاني بالضرورة وان ثبت بالتنبيه وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالي بالكالي
والسلم يسقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتامل يغني عن هذا السؤال لان راس المال
اذا صار معقودا عليه صار كالمسلم فيه فاشتراط قبضه فالسؤال لوجود قبضه لا يرد ولكن [illegible]
الى كون راس المال يجب قبضه ولو اثبت ذلك في هذا الدليل على الاقالة معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو جعل
راس المال لا يجب كان ادق على طريقه وقوله في اول الكتاب ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله
ولا يحتاج فيه [illegible] قوله [illegible] الكتاب وقوله [illegible] جعل راس المال [illegible]

خلاف

بخلاف ما هو بقول راس المال بعد الاقالة فصار دينا في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين
والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل رجل اسلم في كر من الحنطة وهو
مستوفي تعينه فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء حتى لو هلك
المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وان امره ان يقبضه له اي للمسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لانه
اجتمعت صفقتان بشرط الكيل الاولى صفقة المسلم اليه مع بايعه والثانية صفقة مع رب السلم فلا بد من الكيل
مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المتصل بباب
المرابحة والتولية قال فيه ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بينا قال والسلم وان كان سابقا
جواب عما يقال البيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شراء المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد الشراء
فلم يتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض
المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق
حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيتحقق فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد
اجتمعت الصفقتان فلا بد من الكيل مرتين وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكر فقبض جاز لان القرض
اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يلزم التاجيل
في القرض لان التاجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان وكذا
لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد قال ومن اسلم في كر فامر رب
السلم رجل اسلم في كر وامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه من جوالق من غرائر رب السلم ففعل وهو اي رب السلم غائب
ولم يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك
الامر اذ حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه
فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من
رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البايع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غايب صار قابضا لانه
ملكه بالشراء والاعارة صح الامر لمصادفة الملك واذا صح صار البايع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت اليد
في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري قال الا يرى انه لو امره بالطحن فانه اذا امره بالطحن في
السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امره ان يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم
اليه وفي الشراء من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه
ملكه لما صح امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكيل
في الشراء في الصحيح لان البايع نايب عنه في الكيل فان قيل البايع مسلم فكيف يكون متسلما اجاب بقوله
والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال في الصحيح احترازا
عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان صاع البايع وصاع المشتري وقد مر قبيل باب الربا ولو امر المشتري البايع ان يكيله في غرائر البايع
ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده لان الاستعارة تبرع
فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البايع لان البيت

في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير له فيبقى قال ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل اسلم في كر
حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين اي المسلم فيه والعين وهو
المشتري فيها فلا يخلو البايع من ان يجعل فيها اولا الدين والعين فان كان الثاني فصار المشتري قابضا
لهما جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المامور كفعل الآمر وتذكر بانه لا يصلح نائبا
عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك قصدا واجيب بانه يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا واما الدين
فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها
في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ
والصبغ اتصلا بملك المستأجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز
المحل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم
مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين دينا عينا فكان المامور بجعله في الغرائر متصرفا في ملك نفسه
فلا يكون فعله كفعل الآمر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة فينفسخ العقد
فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينفسخ البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذنه
بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان مأذونا به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط
غير مرضي به وحملها فاستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة
للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة المانعة فكانه قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله
لجواز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط
لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة اي جعل مسلم جارية في كر حنطة
ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة
بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود
عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء
اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه
رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين قائما فلا يرد ما قيل الجارية قد هلكت والمسلم فيه
بالاقالة ايضا فكلا العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما فرق بين المقايضة
وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر
لا يحتاج الى شرح قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلف المتعاقدان في صحة
السلم في حنطة وهو الذي ينكرها يتعنت كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق وان كان مخاصما دعوى
ينكرها حتى كان القول له ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا
فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره
صحة السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد
واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على صفة الصحة

دون الفساد وكان الظاهر شاهدا للمسلم اليه والقول لمن شهد له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم
فيه يربو على رأس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا
كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقلهم
وشدة تحرزهم عن الغبن في المبايعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم
فيه بحال الراهن وذلك اقوى دليل على ربو المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصور فكان رب السلم
وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسئلة وهو
ان يدعي رب السلم الوصف وانكر المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير والمتأخرون من المشايخ قالوا يجب
ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر
وان انكر الصحة قال وسنقرره من بعد يريد به ما نذكره من خطوط القول لرب السلم عندهما وفي
عبارته تسامح لانها تستعمل للبعد والمطابق ما تقدمه ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له
اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت
لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه وهو يربو على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم
اليه وهو القياس اجاب المص رح بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فان السلم الحال
جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال
معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على
خلاف فحال السلم يوجد عند بعضها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك
وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول
لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب
لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق
الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد
واحد اذا السلم الحال عقد واحد فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة
ظاهرا لوجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام
لشرايطه والاجل من شرايط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعد ساع في نقض ما تم
وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها
اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فان اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد
مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار الاختلاف لوجوب
التناقض المردود ولو حدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم
عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فليست بعقد
واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا فلا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي
استحقاق شيء من مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المص عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد لا

عقداً آخر ومن غير ما يغير التقوم لا يقلبه عقداً آخر فصار كالاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل
بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب
ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب من ماله فالجواب ان العذر المذكور
كان مبنياً على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وهٰهنا قد وردا عليه لان رب المال لما اثبت له بقوله شرطت
نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف
عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد
وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب وجيد المنقول
قال ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا
جيدة يراد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ
لا بد من بيان وزنه ايضاً لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن
وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة واما في الثياب
فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة
ولا يجوز السلم في الجواهر العددي الذي يتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ
لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي الذي يتقارب آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد
وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية ولا بأس بالسلم
في اللبن والآجر اذا شرط فيه ملبناً معروفاً لانه اذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً فيكون ساقط
الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لا
ينعكس كقولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني فانه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع
والاصل ذكر القاعدة اولاً ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان
الصفة ومعرفة المقدار بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وبه كان مثل قولنا
كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع
يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل
الجامع للفروع المتقدمة ولا بأس بالسلم في طست او قمقم او خفين او نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم
والا فلا خير فيه لان الجهالة فيه فيفضي قال وان استصنع شيئاً من ذلك بغير اجل جاز الاستصناع
هو ان يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئاً صورته كذا وقدره كذا بكذا درهماً ويسلم اليه جميع الدراهم
او بعضه او لا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون فيما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيئاً من ذلك اي مما تقدم من طست
وقمقم وخفين اولا والثاني لا يجوز قياساً واستحساناً كالثياب والاول يجوز استحساناً والقياس يقتضي
عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل واليه اشار بقوله بغير اجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل
فان الناس في سائر الاعصار تعاملوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول
الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعاملاً وهي فاسدة عند ابي حنيفة لان الخلاف فيها كان ثابتاً

في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا
وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة وينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغاً ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار وجه
العامة انه سماه في الكتاب بيعاً واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما
لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوباً بغزل من عنده او الخياط ان يخيط له قميصاً بكرباس من عنده والمواعدة
تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الا ترى انهما اذا تبايعا عرضاً بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه
فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعاً والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعاً
اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة عنده حكماً
والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا يتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم
جعل موجوداً حكماً للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود
عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته او من صنعته
قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب
الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان بيعاً لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكره في جامع
قاضي خان واجيب بان الاستصناع يشبه الاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل ويشبه البيع من
حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود
اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع
فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة
اجيب بان الصبغ اصل والصبغ آلة فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر
وهٰهنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعاً ولما لم يكن له وجود من حيث وصف الا بالعمل اشبه
الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين للمستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه
المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعاً لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل ولم يتعين الا باختياره
هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء
تركه اي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك له الخيار
كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له
وهو الاصح بناء على جعله بيعاً لا عدة وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضاً ان شاء فعل وان شاء ترك دفعاً
للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن ابي يوسف انه لا
خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولاً واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل
الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا يرى ان الواعظ اذا استصنع منبراً
ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه اصلاً فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً اجيب بجواز ان يكون
الرضا على ظن ان المستصنع يجبر على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك مجتهد فيه وهو لا يصلح
عذراً في دار الاسلام اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا ولم يجب على كل واحد
من المسلمين في دار الاسلام علم جميع اقوال المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد له منها

الدين منهما ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والضمان اتفاقا لما على القياس ان لم
معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة احترازا عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه يكون
سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ذكره
على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال على ان يفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره
حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال
فلا يصير به سلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذكر على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر فيه شرائط
السلم المذكورة وهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة للاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع فيقتضي ان لا يكون
سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو محكم في العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون
للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع
فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة
فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يؤيده ان فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت
بالكتاب والسنة دون الاستصناع **مسائل منثورة** اي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن
ابوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا **قال** ويجوز بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جارحا
كان او غير جارح في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون
محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان
كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول فيه ويخبر عن الجائي بنباحه فيساوي المعلم في الانتفاع
به وعن ابي يوسف ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه
والامر بقتله قلنا كان ذلك قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية او للزرع وقال الشافعي لا يجوز
بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى
فاعل وتركت التاء الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سؤره فانه
متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين
والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية
وهي التي ترعى بالمواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل
على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غيرهما واجيب بان ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى الخصم واما
اثبات المدعى فثابت بحديث ذكر في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضه انه قال قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما من غير تخصيص بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار
عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد
قتل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى ويستدل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم
سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا
فكان محلا للبيع واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على ماليته

كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني ان شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب
عن الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث
فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فيثبت
الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا تدل على دفع الحرمة فيما عداها كاباحة لحم الميتة للمخمصة
واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب
والزنابير لانها لا ينتفع بها **قال** والحديث محمول اي جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي
وتقريره ما روي عن ابراهيم انه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل
على تقدم النهي النسخ فانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها
فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد
ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز ان يقال
الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة قوله ولا نسلم نجاسة
العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس
العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجيء **قال** ولا يجوز بيع
الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقدم وجههما جميعا وما يترتب على ذلك في البيوع والشفعة
بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة
قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية من خمر فاهدى
اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر
فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا
عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها **قال** واهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لا يجوز
بين اهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدراهم بالدراهم
يدا بيد ولا نسيئة ولا الفرق نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال او يوزن اذا
كان صنفا واحدا لانهم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث
فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما يبقي
به نفوسهم كالمسلمين ولا يبقى الا نفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل هذه الاشياء الا
بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان
عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما
يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا هؤلاء انه يبلغني انكم تاخذون في الجزية
الميتة والخمر والخنزير فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك قال لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن
منهم **قال** ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شرى عبده بالف
درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فجاء آخر وقال لصاحب العبد
بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من

المشتري وخمسماية من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شي على الضامن والفرق بينهما ما ذكره
بناء على الاصل الممهد ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي فهي تغيير لان
الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري
بملكه الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فضلا لا يستفيد ذلك كبدل الخلع في كونه لا
يدخل في ملك المرأة في مقابلته شي فجاز اشتراطها على الاجنبي لكن لا بد من تسمية الزيادة ليتحقق المقابلة صورة
وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الرشوة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فصح واذا لم يقل صار ذكر خمسماية من الضامن رشوة
منه على البيع باسمها من المال والرشوة حرام لا يلتزم بالضمان واعترض بالوجه الاول كيف يجب تخمين الثمن
عليه ولم يدخل في ملكه شي من المعقود عليه الثاني لو كان خمسماية ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويحمل عنه
الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك
الزيادة والفكر الصايب في اصل المسئلة يغني عن هذه الاسولة والجواب عنها ولا باس بتكرار ذلك للتحقيق
فان ورود السؤال اذا كان لغموض في فهم اصل الكلام فجوابه تكراره وذلك انا قد بينا ان فصول الثمن قد
يستغني عن ان يقابل بالمال لجزء الجزء فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة في
الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فيكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز ان
يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطالب من التزمه لا غيره والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا توجه
المطالبة على المشتري وظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابله شي من المال فلا يكون كالزيادة
وح لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز الالزام وجوب شي لا يقابله ووقع في الكتاب الخمسماية
بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف في استناده وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيزه
ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمس بل الجزئية الخمسا فاليه على حذف مضاف
اي الخمس خمسماية **قال** ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها وصل المشتري جارية ولم يقبضها حتى
زوجها وصل فوطيها الزوج جاز النكاح لوجود سبب ولاية النكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثمه
مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض
كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطي لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله
كفعله وان لم يطاها الزوج فليس اي مجرد التزويج قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف
حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له
ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع
اليد وفقء العين وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعله به وبه يصير قابضا
وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير انما لان فيه انهاء الملك وهذا يثبت له الولاء ومن
ضرورته ان يصير قابضا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب المشتري وصل اشترى عبدا فغاب المشتري
قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البايع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا
للتهمة فاذا اقامها فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة او لا فان كان الاول لم يبع في الدين لان وصول البايع
الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وادى الثمن لان ملك المشتري

ظهر باقرار البايع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيظهر كذلك وهذا لان العبد في يده والمولى
قول الانسان فيما في يده قول ذي اليد في الملك كان مسموعا لو اقر به لغيره كما لا يخفى بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا
بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان
المرتهن احق بالمرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان
المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البايع لم يقبل لان حقه لم يبق متعلقا
بالمبيع بل هو دين في ذمة المشتري فيكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغايب ممتنع عندنا وفيه بحث
من وجوه الاول ان اقامة البينة على الغايب لا يجوز لانها يعتمد انكار الخصم وذلك من الغايب مجهول الثاني
ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يفضي
الى القضاء على الغايب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة
بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء وان القاضي يقضي بحجة
اقرار المقر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني من وجهين احدهما قول بعض المشايخ
ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض
ورد بان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن وكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك حق البايع
وقد يتسامح بما حتى والثاني ان البيع هاهنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه
والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس قضاء على
الغايب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري اما اذا قبضه
فلا يكون ذلك وح ظهر الفرق واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شي يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
يتبع هو اي يتبع البايع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر لا يملك قبض نصيبه
حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقد اجبر البايع على قبول نصيب الغايب وتسليم نصيب الغايب من العبد الى
الحاضر فاذا حضر الغايب فللحاضر ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقد عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يجبر البايع على قبول نصيب الغايب من الثمن ولو قبل لا يجبر
على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض نصيبه ما لا يقبض واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغايب
بما نقد لاجله ولم يثبت له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما ادى من حاجته لانه قضى دينه بغير امره ولا يرجع
في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء
جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البايع له حق الحبس ما بقي شي منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فانه من اعار
شيئا لرجل ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى
وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان
قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يتمكن من
الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة حضوره مفقود لامكان الرجوع
الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين
ما نحن فيه وبين ما اذا استاجرا دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه

يكون مشروعا بالاجماع لكونه في معنى نقض صاحبه من الاجرة اذ ليس للآخر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكر الامام التمرتاشي واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء واذا نقد الثمن من ماله فيرجع على البيع قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة وقال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسماية مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السوآء لان عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس اولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يتقيد الحكم بالجودة او الرداءة او الوسط لانهم لا يتبايعون بالمثقال فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة وطعنا فيه محمد بها في الجامع الصغير ويرجع الدليل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب التساوي كما في الاولى للعطف لانه يجب من الذهب مثاقيل خمسماية مثقال ومن الفضة دراهم خمسماية درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم وللقائل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص من كمية حقه رجع عليه بقدره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهو عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون هو الاصل والقول انه من حيث الاصل مستوف فلا يجاب الضمان باعتباره ايجاب له عليه ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لا يجوز ان يجعل وجهنا يقيد نظيره كسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشتراه صح والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه محقق فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة ثمة انما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له قال واذا افرخ طير في ارض رجل اذا افرخ طير في ارض رجل ولم يهيئها لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها ظبي وفي بعض النسخ فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه من الصيدية كصيد انكسر رجله في ارض انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس التستر في الاصل دخول الكناس وهو موضع الظبي ومعنى تكنس انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره احد لو وجد بعيض فهو صيد لا ينفلت ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه قوله وصاحب الارض لم يعدها لذلك اشارة الى انه لو اعدها لذلك بان حفرها ليقع فيها او ينصب ذلك مما يصطاد به كان له كما اذا نصب شبكة او نصب فسطاطا فتعلق بها صيد فهو للآخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر

والدراهم في ثيابه ما لم يكفه اي جمعه الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه فان العسل لصاحبها لانه صار من انزاله اي من انزال الارض بتاويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء بخلاف الصيد

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تاخيره عن السلم في اول السلم وسمي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للنقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بها بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده لما كان فيه فائدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله تعالى واحل الله البيع وقوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قال الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اي من كون الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفا قال النبي صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه اداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وان لا يكون فيه خيار ولا اجل واقسامه ثلثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالآخر قال فان باع فضة بفضة فان باع رجل فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الآخر او احسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الوصف لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سوآء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربوا حدث محمد رحمه الله في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتى عمر بن الخطاب باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني به لابيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق قبض عوضي الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما رويناه من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما احترازا للعقد عن الكالي بالكالي وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة فيما تحقق الربوا وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربوا قيل هو معطوف بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد قوله ولان احدهما دليل آخر وتقريره ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما يتعين كالمصوغ او لا يتعين كالمضروب او يتعين احدهما دون الآخر لاطلاق ما رويناه وهو قوله الذهب بالذهب وهو يتناول المصوغ وغيره قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسية شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسية شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسية وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز في المصروف

نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف الى النص لا الى العلة فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار
والمراد بالافتراق ان يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لقول ابن عمر رضي الله عنه
وان وثب من سطح فثب معه وقضيته ما روي عن ابن جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا
الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن
بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان
المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس ان يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون
ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهو المذكور من
التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم قوله بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي
المخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز
التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء يعني
خذ وهات قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه قوله فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين
يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف من
يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما اجيب به بان شرط الجواز
ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن فرخص ترافي
فيه لاثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد
كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا
وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما تريه فيه ضرب التمحل مع حصول
المقصود بجعله شرط البقاء وهذا اي ولان الافتراق بلا قبض مبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل لانه
يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على اني بالخيار ثلثة ايام او قال الى شهر لان بالخيار لا يبقى القبض
مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين الخيار وبين ان في الخيار يتأخر القبض الذي
سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكره في العقد ما ينافي القبض وذكرنا في الشيء مفوته كما قيل
وكانه راجع الى ان في الاول استحقاق القبض ثابت وفي الثاني القبض المستحق شرطها فايت قوله الا اذا
في المجلس يعني منهما اذا كان الخيار لهما او من له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر
وهو القياس وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان صاحب
الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح العقد وفي مختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار
لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا في
الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذا العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود
او دونه فلا يفيد الرد فائدة قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف
قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوت
القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربوا حرام حقا لله تعالى والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم
لا تتعين فيما كانت او دنانير فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف واذا ذكر

وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب الثلثة العلماء وكتابنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف
بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس احدهما اولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا
من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما قلنا في المقايضة اعتبر كل واحد منهما ثمنا من
وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لانهم عدم الاولوية فان ...
البناء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير
اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية قال فمن ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف
مبيعا وجب ان يكون متعينا كما كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعن
بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط تمام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بعد ...
في ملكهما فاستقرضا في المجلس فافترقا عن قبض صح واجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من
كل وجه وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله
ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير شرط
لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا
بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع
لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق والتسوية
لم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد فان وزنا في المجلس
وعلما في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا الجواز
لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس
او بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هي في علمهما
قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها
صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة الف مثقال بالفي مثقال
ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق في المجلس يجب حقا
للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم
الاتيان بالواجب تفريغا للذمة كما اذا ترك سجدة صلوتية وسهى ايضا ثم اتى بسجدتين للسهو وسلم يصرف احدهما
سجدتي السهو الى الصلوتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف
نسيئة والفا نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حال
المباشر على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع
عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك
لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان من احدهما فيحمل
عليه بقرينة الحال وان قال من ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او لا
وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد او الاضافة ولا مساواة
بعد تصريح من المول قوله لان المدفوع من ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف

منها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع
كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق
والجارية قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن ازيد مما فيه اي المبيع تتميم للكلام لان فرض المسئلة
ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ما ذكره مستغنى عنه لكنه تمم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهي اربعة
الاول ان يكون وزن الفضة المفردة ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها
والزائد في مقابلة الغير فلا يفضي الى الربا والثاني ان يكون وزن المفردة مثل المتصلة وهو غير جائز لانه
ربا لان الفضل ربا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان يكون المفرد اقل وهو واضح والرابع
ان لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل كحقيقته لان الاصل في الجواز
والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به لم يحكم بجوازه والجواب ان ما لا يدري يجوز ان يكون في الواقع
مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت على جهة
بان كل جهة منها علة للفساد فلا يصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردري بان مراده اذا كان احدها
يكفي للحكم فالتمسك بها لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة بالحقيقة قال
ومن باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل
البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض
دون بعض فصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء على
الجواز فيكون الفساد طاريا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة
قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال ولو
استحق بعض الاناء اي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي
بحصته وان شاء رد لان الاناء قد تعيب بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتفاعها
بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق
لا عن قبض قال وان باع قطعة نقرة المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة
من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها
ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء قال ومن باع درهمين
ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل
كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري
حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى
الجنس فساد العقد يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلثة تصحيحا للعقد خلافا لهما
لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغييرا لتصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته المقابلة الانقسام على الشيوع لا
على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون الكل والبعض من البدلين حظ من جملة الاخر والدليل على ذلك الوقوع فانه
اذا اشترى قلبا اي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا
اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه

بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده
وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس
ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير
لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الارادة فينبغي ان يكون مرادا اما انه
جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكر بها فسد لان الكر قابل الكر
وفضل الآخر واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك
بامكان ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار
بمقابلة الدينار الآخر قلنا هذا غلط لانا اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على اي وجه كان على ان
فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو اقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغييرا
ان يقال فيه تغيير وصف التصرف واصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لان موجب الاصلي
وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره
ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى التعيين لما كان الاصل
وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه
يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من ان يكون مراده انه تغيير في الاصل او في ذلك
فان كان الثاني فلم يضره وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الاستبدال من
الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المسائل
انما افصح بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق في
المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء
ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين
ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء
يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح قال ومن باع احد عشر
درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي
احدهما وهي صحيحة كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما دينارا من
المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البايع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو
الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيئا
معه بعشرة دراهم فاما ان يكون لما له قيمة اولا والاول اما ان يبلغ بقيمة الفضة اولا فان كان مما لا
قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها شيء من عوض فتحقق الربا وان كانت قيمته تبلغ الفضة
كثوب قيمته دينار وخمسة جاز بلا كراهة وان لم يبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة
والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة ولما لانه يفضي الى ان
يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يكن فيها
الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لان وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزايد بمقابلة الدرهم وقيمته

الدينار يبلغ الدرهم ولا يزيد على هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والحق ان
السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان
فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة
الزايدة ليست بظاهرة **قال** ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة تتبين بها بيع النقد بالدين وهو
على ثلثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا وتقاصا فانما العقد كما اذا
كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه فانه لا يجوز بلا خلاف وسقط
عن ذمة من هو عليه لانه جعلها بدلا عن الدينار وغاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض
احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد
البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي
فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بايع الدينار حين سلم
له فلم يبق خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين
يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف الى العشرة التي
عليه ودفع الدينار فاما ان تقاصا او لا فان كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان
الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر لانه استبدال ببدل الصرف وهو
لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض
لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا
تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض
والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لا بد من تصحيحه ولا صحة لها مع بقاء
عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لولا
ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا اقتضاء وهذا ذلك لان لهما
فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقائه اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف
ثم بالف وخمسماية وفيه بحث من وجوه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت
اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي
واذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فاتت
بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البايع بحكم الاقالة لان الاقالة في الصرف
حكم الصرف والجواب عن الاول بما اشار اليه المصنف بقوله وفي الاضافة الى الدين يعني المعهود تقع
بنفس العقد على ما نبينه وعن الثاني بان المقاصة يقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لما ابطلا عقد الصرف
صار كانهما عقدا عقدا جديدا فيصح المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز
ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع ودفع بحيث لم يقل بالاقتضاء بل بترافقهم في المسئلة فتعين ترجيح
القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنه وهو ما روي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير او قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس

اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان العقد الى الدين
الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه ذكره وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار
ثم ان مشتري الدينار باع ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم ثم ارادا ان يتقاصا ففيه روايتان في رواية ابي سليمان
وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف اصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية ابي حفص واختارها شمس الائمة
وقاضي خان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر
ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق لحديث
تضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قايم وقت تحويل العقد فيكون الدين سابقا على المقاصة وهذا هو الموعود
من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع كما ترى لانه اذا اضيف ان القياس ينفي المقاصة بين العين والدين
اصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق
والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق فكذا في اللاحق بعد فسخ العقد الاول ولو
لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف او يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا اضيف
الى الدين ان يتجانسا واذا اضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق واما المجانسة
في بينهما وبين الدين المقارن وهذا اوضح **قال** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من
الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة يردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها
قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي
وانتفاء المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة واما الثاني فلان
المانع ان تصور هنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس **قال** وان كان الغالب على
الدراهم الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في الرديء
ما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك
فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل
ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا في الوزن
وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة
فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدرى فالبيع فاسد وان
كانت اكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس وهي في حكم فضة وصفر قوله ولكنه صرف جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يبق
صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت
بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا واشتراط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا
شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر وهذا يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند
عدم التميز قال المصنف ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي
والغطارفة اي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل
هو خال الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه اي الحاقي باباحة تدرجها الى الفضة

والذهب بالقياس ثم المعتبر في ديارنا في المعاملات بها المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فيهما فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصاً عليه ثم هي مادامت تروج يكون اثماناً لا يتعين بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله واذا كانت لا تروج فهي سلعة يتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون الكساد الا وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفاً ان علم البايع خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف رح قيمته يوم البيع وعند محمد رح آخر ما تعامل الناس بها والمص رح فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه ح يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لا يهلك لكنه تعيب فكان للبايع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكره في العيون يستقيم على قول محمد رح واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفي بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتباراً لاصطلاح بعض الناس وعند محمد رح لا يجوز اعتباراً للاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس وجه قولهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف رح وجبت القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد رح قيمته يوم الانقطاع اي الكساد لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية بقي بيعاً بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد يتناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رايجة فهي تثبت ديناً في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية كما في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والحكم عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هلاكاً من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع اصلاً وان كان مقبوضاً فان كان قايماً وجب رده بعينه وان كان هالكاً او مستهلكاً فان كان مثلياً وجب رد مثله وان كان قيمياً وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المص رح بقوله وعند محمد رح يوم الانقطاع

وان كان صحة البحث بالكساد واما اذا غلت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالب بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع **قال** ويجوز البيع بالفلوس البيع بالفلوس جايز لانها مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه انما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان يكون نافقة او كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وان هلكت ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابي حنيفة رح بطل البيع خلافاً لهما قال الشارحون رحمهم الله هذا الذي ذكره القدوري رح من الاختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلثة وذكر في اهل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئاً بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر رح لا يبطل لانه ليس بحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا بظاهره قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر رح يمنعه لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فيجد مسنداً ههنا ينبغي ان لا يحكم الا اذا ظهر معنى فرق يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك **قال** ولو استقرض فلوساً فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي حنيفة لانه اي استقراض المثل اعارة كما ان اعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضاً والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لو وجد مثلها لكونها نافقاً واجاب المص رح بان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست من القرض وهو ظاهر ولا لازمة له لجواز ان ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض جايز في كل مكيل وموزون او معدود متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكناً وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد عنها في حكمها فيجب رد قيمتها كما لو استقرض مثلياً فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر قبيل هذا واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيمن غصب مثلياً فانقطع فعند ابي يوسف رح يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رح يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد رح انظر للمقرض والمستقرض من قول ابي حنيفة رح يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف رح يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد رح انظر لهما بيقين وقول ابي يوسف رح ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض ونسيان الناس وقيمة يوم

الانقطاع يشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس
جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا فضة وذلك معلوم عند
الناس وقت العقد جائز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهي سدس
درهم او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط
منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا في المسئلة فيما اذا
كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم
جوزه ابو يوسف رح بناء على كونه معلوما وفصل محمد رح بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم
خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم
فما فوقه والاصح قول ابي يوسف رح لا سيما في ديارنا بناء على عدم الثبات لكونه معلوما ولاشتراكه العرف
قال ومن اعطى صيرفيا درهما فقال ثلث مسايل الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه
فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما
لانه قابل بنصف درهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة ... فلا يجوز وعلى
قياس قول ابي حنيفة رح بطل في الكل لاتحاد الصفقة ووقوع الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع
بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وحكي قياس قول ابي حنيفة رح بطلان الكل لاتحاد الصفقة ووقوع الفساد
لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد ... وعبارة الكتاب يدل على انه لا نص عن ابي حنيفة رح
والثانية ان يكون بلفظ الاعطاء مكررا والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع
لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا وبنصفها زقا
من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر
الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كرر
لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لانه بذكر المساومة
لا ينعقد البيع فان من قال لغيره بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد
بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المص رح والثالثة ان يقول
اعطني نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز لما فرق بينها
وبين الاولى انه لا يكرر لفظ نصف بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة
فيكون نصف درهم الا حبة بنصف مثله والباقي بازاء الفلوس قال المص رح وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة
الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد به ان المسئلة
الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع رح في شرح المختصر وهو غلط من الناسخ

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها يكون في البياعات غالبا
ولانها اذا كانت بالامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة
في اللغة هو الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي
جعله كافلا لها وضامنا بمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح

لان الكفالة كما يصح بالمال يصح بالنفس ولا دين ثمه وكما يصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما
ينبغي ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين [illegible] وعورض بانه اذا وهب
رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملكه كما قبل الكفالة
لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين
عليه ضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا نجعله في حكم دينين
قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة عندنا
والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه ربما في مثله
لا ينقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامر
فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال
من مال المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم اي الكفيل
ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه
حكم في صحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبئ عن لزوم
ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به قوله ولانه يقدر على تسليمه
جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه قوله اذ لا قدرة له على
نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبين المكفول
او يستعين باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا
يصلح دليلا له قوله والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة
وقد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز
الا تعنتا وعنادا قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في
ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي نوعان ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او
بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبراسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص بعضو
خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شايع كنصف او ثلث لان النفس
الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها كما في الطلاق فانه يصح اضافته اليه
بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما
وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال
الي لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي فالكل اليتيم
والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم
به لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف
ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لمعرفة
فلان فهي كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا عادة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه
لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بالتزامه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل ...

لطلب ما يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون بعجز او منع قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان
الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق
امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت المطالبة
عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف
مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول
الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا فالقول
قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى
قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه
بما يقوله وان اقام الطالب البينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت
بالبينة بالثابت معاينة قال واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه
بقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند
القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود وبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة
وقد حصل ذلك باتفاقه وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود
القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي رح المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم
في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر
المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القضاء مفيد وان
سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم
وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه
قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون فيما عينه
يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي
التزمه فيبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي ليثبت الحق عليه اذا اخذ منه كفيلا وقد
حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة رح كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد
لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر او مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف
ومحمد فيهما استطار الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفل فيه دفعا
للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على
المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل
لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان
به قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل و
المكفول به وموتهما او موت احدهما مسقطها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل واذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به بنفسه

فان قيل تعلق الدين من تركته اجيب بان المال لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له
لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان المال
يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول
عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حالة الحياة واذا مات المكفول له فالكفيل صالح فللوصي ان يطالب الكفيل ان
كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ومن كفل
بنفس آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه برئ لانه يعني البراءة وذكره لتذكير الجزء وهو
الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصوله
ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح
الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به موجب
تصرف الكفالة بالنفس والموجبات يثبت في التصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشيء لان الكلام في ان البراءة
يحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه ابو الليث رح في شرح الجامع الصغير انما
اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يحصل اليه حقه فلعل الطالب يقول لم
استوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد وجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار فاذا وجد التسليم
ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرأ به نفسه بايفاء الحق بما التزم فلا يتوقف
على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ايفاء الحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان
ولو سلم الاصيل نفسه من كفالته اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وصار
كتسليم الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يخرج
نفسه عن ذلك بهذا التسليم ولكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به جائز من
جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فاما يصح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ
وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة اي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون في تسليم
نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة اخرى كما بينا
ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم
وكيل الكفيل ورسوله ايضا ينوب مقامه كتسليمه قال وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا رجل
قال ان لم اواف بفلان الى شهر كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وانما قال
من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مقيد لانه ان لم يقيد لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما
وبقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلي ما لك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة
لابتنائها على التوسع ولهذا قال كفلت لك بما ادركك ما في هذه الجارية التي اشتريتها من درك صحت وكذلك الكفالة
بالشجة صحيح مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس او لا ثم الحكم في هذه المسألة شيئان احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف
الشافعي والثاني في عدم بطلان الكفالة بالنفس عند اداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الحكم
قوله لان الاول الكفالة بالمال يعني هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلام الشرط
وهذا التعليق يوجبه تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط

متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي
الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت فالمكفول له لا يبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابراء او موت وليست
الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما لان كل واحد منها للتوثق ولا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبة
اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال يثبت بدلا عن الكفالة بالنفس
ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل لئلا يكون كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما شرع
للتوثق كما لو تكفل بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذاك واجب بخلاف خصال الكفارة
على الصحيح وقال الشافعي رحمه الله الكفالة اي المعلقة بالشرط لا يصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال
بالخطر فاشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في
البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام
المطالبة لا التزام المال كما بيناه ولئن اشبه البيع مطلقا او من وجه فالاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه
يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها
وشبه النذر يقتضي جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح
ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة
بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال ومن كفل
رجل ومن كفل بالنفس وقال ان لم اوف به غدا فعلي المال فاذا مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو
عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير وهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما
وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة
بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما ترتب
عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد
اذا سقطت الاولى بالابراء فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس
يبرأ بموت المكفول به فيجب ان يسقط الثانية ايضا والا لزم ان يكون ما فرضناه تأكيدا للغير مقصودا بالذات
وذلك خلف باطل واجاب الامام ظهير الدين في فوائده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فلا
تنفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم
المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق
بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصودا لانه
لم يسقط بالنسبة اليه وهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام من غير مدفوع وقد
التزم حيث تعلق باحتمال الموت ولم يستثنه فان قيل ترك الاستثناء لظنه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس
فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه فانه لم اواف فلا يصدق في ابطال غيره قال
ومن ادعى على آخر مائة دينار ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بانها جيدة او ردية هندية او مصرية او لم يبينها
حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فغاب ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا يسمع دعواه

فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين احدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا من النسبة
حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد وقد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه فلا يصح الكفالة على هذا الوجه
وان عيّنا لاحتمال انه لم يلزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعي الخصومة
وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي ان لا يصح الكفالة وان بيّن المال وهو
خلاف المصرح به والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وح لا يصح الكفالة فلا يصح ما ينبني
عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي رحمه الله وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى
ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلي المائة فينصرف الى ما عليه وبكون النسبة موجودة يخرج عن كونه رشوة
فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه
النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد رحمه الله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما
لا بأس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند
الحاجة في مجلس القضاء فصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بيّن التحق البيان باصل الدعوى فكان ذلك
بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها ويبينها في الانتهاء وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا
ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال ولا يجوز الكفالة بالنفس من ترتب عليه
الحد او القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضر في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع
اعطاؤه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا يجوز الكفالة لا يجوز اجبارا بالكفالة بحذف
المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر في حد القذف لان فيه حق
العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد اي لان المغلب فيه حق العبد على
الخلوص لما عرف ان القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس معنى الجبر ههنا الحبس بل الامر
بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول
يستأذنه الطالب في الدخول فاذا اذن له يدخل معه ويسكن حيث دار وان لم ياذن له بالدخول يجلس بباب
داره ويمنع من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان
طابت نفس الكفيل به سواء اعطاه قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه
حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على
الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولابي حنيفة
قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا
من كلام شريح لا من كلام النبي عليه السلام ذكره الخصاف رحمه الله في ادب القاضي عن شريح رحمه الله وقال الصدر الشهيد
في ادب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان مبنى الحدود والقصاص على
الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل يحبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس
اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة على ما نذكره لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات
فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط بالاسقاط ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة
ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال ولو سمحت به نفسه اي لو سمح المدعى عليه باعطاء الكفيل

الطالب من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف فيصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما
واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف الذي
قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما اى في
حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اى يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس
هٰهنا للتهمة اى لتهمة الفساد لا لاثبات الدعوى لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة يثبت باحدى شطرى الشهادة
اما العدد او العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات والديانات يثبت باحد
شطريها وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى
عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبتت
وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس
كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة ولقائل ان
يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ثبت في التهمة بالشبهات والتهمة ثابتة بقوله عليه السلام ادرؤا
الحدود بالشبهات وبالاجماع ايضا على ذلك فينبغي الحبس بالتهمة ويمكن ان يجاب بان يحمل قولهم للتهمة على ان
المراد به اتهام الحاكم ايضا بالتهاون فيه وبيانه ان اقامة الحدود مأمور به والترك والتهاون حرام لافضائه الى
فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطرى الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بانه متهاون
في ذلك وهو قادح في عدالته والاتقاء عن مثله مأمور به فيحبس باحدى شطرى الشهادة اذا اتهم الحكم
عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي عليه السلام في ذلك وقع تعليما للحكام حيث لم يكن عليه
عن يتهم بذلك ثم اذا تمت الحجة الكاملة تحمل للدرء هنا والله اعلم بالصواب وذكر في كتاب ادب القاضي
لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق
به فيستغني عن الحبس وقيل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص منهما روايتين في رواية يحبس
ولا يكفل وفي رواية يكفل ولا يحبس وفي اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء
لا محالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورد هذه المسئلة هٰهنا دفعا لما عسى يتوهم
ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي
دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه لاجل
فصحت الكفالة عنه واما قيل مطلقا يعني في الحيوة والممات احترازا عن الزكوة فانها يطالب بها بعد تحقق
اما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فلانهم نواب الامام والكفالة بها لا يجوز
لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فعلى هذا لا يرد
يطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين يصح فيه المطالبة به في الحيوة والممات يصح به الكفالة بالا
ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه ممكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفاء
لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فترتب موجبا العقد في الرهن والكفالة عليه قيل فيه كلام المصنف لف ونشر
مشوش ولا بعد في حصول ذلك قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه تعدد الكفلاء عن شخص واحد يصح
كفلوا جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اى ان يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل

في المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد
برده والرجوع الى التمام بين ان الطالب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود من شرع الكفالة التوثق وبالثانية تزداد التوثق
وما يزداد به الشيء لا ينافيه الثبت فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا
صحت الثانية لم يبرأ الاول لانه انما صحت ليزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد وانما نقص فانه حينئذ زيادة لم
يكن زيادة بل خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الذي كفل بالحضرة الاول لان التسليم لما وجب على
الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهو بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب
فكذلك هٰهنا والجواب ان ذلك مخالف للحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة
والحوالة فانه فيهما يبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه
قال واما الكفالة بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة
سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع
قوله على الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول
ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع قلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو
ضمان بالمجهول وصار الكفالة بالمجهول كالكفالة بالشجة اى بشجة كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت مجهولة لاحتمال
السراية والاقتصار وانما قيل خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بالجارحة فانها توجب القصاص
والكفالة به لا يصح ولكن ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد به وشرطه ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لا
يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي لا يطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب
لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب على اسقاط البدل بتعجيز نفسه
وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالب به قال والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان
يطالب الذي عليه الاصل اى الذي وجب الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغيره غير
مقصود فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي
قيام الاولى لا البراءة عنها الا اذا شرطت البراءة فيصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل
يكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين اى الغاصب
وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك
اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمليك قال
ويجوز تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا
استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل
قوله اذا غاب عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئا وان حل مالك عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملائمة
كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب
الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة
بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان ينادي بامر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا
اقتصها الله تعالى ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الشارحين ان هذه الآية تحمل

على بيان الجهالة لمن يأتي بعد لا لبيان الكفالة كقوله كفلت لك عن فلان من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة
انما يكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة
المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما امكن واجب فكان
معناه والله اعلم ان يقول المنادي للعيرات الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم بذلك فيكون ضامنا
عن الملك لا عن نفسه فيتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له و
اضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة
المكفول له وجهالة المكفول عنه فان الاولى لا يمنع الجواز اصلا والثانية تمنع اذا كانت
الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنع مطلقا فالجواب ان الاولى مغتفرة
على جوازها لانه قال الله تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقا والثانية انما تمنع
لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت
استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة
انما تمنع مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب
بمنزلة الطلاق والعتاق حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كانت بمنزلة
البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب
فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وبهذا يعلم ... ما يأتي قوله وكذا اذا
جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة
وفي كلامه نظر من وجوه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة
لا يجوز والثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوفا على قوله فانما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل كل
فعلى انما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او الكفالة اذا لم يذكر ثالث والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا
يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله لا يصح الا انه يصح الكفالة والثالث ان الدليل
لا يطابق المدلول لبطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط
الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان
حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بها والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة
ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذ التعليق يخرج العقد عن العلية كما عرف في موضعه
والاجل عارض بعد انعقاد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاؤه ... تقدم في الصرف ما يفيد ان كان
ممكنا وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد
منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة قوله ويجعل الحال حالا وتقديره لان
الكفالة لما صح تأجيلها باجل متعارف لم يبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ومجهولة الجهالة عدم
الثبوت في الحال في كل واحد منها فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة ولزمه ما ... يثبت بالبينة فتح القضاء به وان لم تقم بينة
فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة وانما كان القول قوله لانه

المجهول لانه يقول ضمانا كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والنفي
ما يصح بدله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه
باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض
اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء الصحة حيث يقدمون على المقر له في حال المرض
قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني
وبغير امره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين ما
بامره او بغيره ولان الكفالة التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في حق نفسه
لا يتوقف على رضا غيره وفيه ضرر بالمتصرف فيه ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب منتفع بها ومستنفع لا
يحتاج الى المطلوب ان تضرر وانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فان ما يتضرر دون امره
دعني والضرر بالمرضي غير معتبر فتبين ان الكفالة بنوعيها تمام بمقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك
فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع
عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي
اصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولهذا اذا قال لغيره ادّ
زكوة مالي او اطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على انك ضامن
لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع بما ادى
والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا ادى يرجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء
ملك المال الكفيل اي اقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير من
عليه الدين لا يجوز واذا كفل بامره فمقتضى الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل لكنه
يؤخر الى الاداء وهذا لا يكون عند كفالته بغير امره قوله رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها
الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه ومنها حطه اياه على بحث آخر واما الفصل الاول فعلى نوعين
احدهما ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما ادى زيوفا
بدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى وعلل المصنف لانه تملك الدين بالاداء
فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان
يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل
الارث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين
ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني
ان في الهبة والميراث التمليك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن واما في الاداء فبخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم
من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد اعني ما ادى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما
ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وجد واذن في القبض وهنا لانه ذكر انه لا يصح لانه
تمليك ما لا يقدر على تسليمه وهنا اداه بالقبض صار كانه استوفى من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه
او يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك

ضرورة ولما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن
ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملكه عليه لا ما على غيره وامكن ذلك لان له ولاية نقل الدين الى ما
الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في ان الابراء
لا يرتد بالرد والهبة ترتد بالرد فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق فكفى مؤنته بوجوب المطالبة و
موجود ولا يرتد بالرد والهبة ترتد بالرد فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق فكفى مؤنته بوجوب
والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا معقودا والتسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل
الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني في ماده
التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته فالطالب ليس له ان يطالبه الا
ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وادى
المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب
قال بما ذكرنا في صلح الكفيل يريد به حوالة كفي بالمنتهي قال بخلاف المأمور بقضاء الديون جواب
دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا اذا ادى بامر المكفول عنه ولا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون وذلك
يرجع بالادى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الديون ليس له على الآمر شيء حيث لم يلتزم
فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبار
فلو ادى الزيوف عن الجياد وتجوز بذلك يرجع بالجياد دون الجياد لان اداء المأمور به لم يوجد والاتحكى فكذا
لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا قوله يرجع بما ادى باطلاقه فيه تسامح واما
اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين احدهما ان يصالحه على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة
فهو يرجع بما ادى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وهو لا يرجع الكفيل على المكفول
على ما نذكره والثاني ان يصالحه على جنس آخر وفيه تمليك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال وليس
للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يؤدي عنه لانه
لطالبه هو الملك وهو لا يملكه قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموكل
قد انعقد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار
الثمن للوكيل ولانه حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لحق المطالبة
قال فان لوزم بالمال اذا لوزم الكفيل له ان يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة
الكفيل لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره
وقالوا ان في ملازمته له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورطه فعليه الخلاص فاذا ابرأ
الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابراء الاصيل وابراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل
لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم يبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لانه
الدين لم يكن عليه في الصحيح فلم يكن عليه الا المطالبة وقد انتفت بانتفاء علتها في الصحيح احتراز عن قول بعض
المشايخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لا
توجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط

الضمان عن الاصيل بالاداء والابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه
على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولكم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط
براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم يوجب براءة الكفيل قلنا لا نعني في ذلك
فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيلا
بل انقلب ذلك حوالة عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرأ الطالب الكفيل لم يبرأ
الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط اصل الدين ولان بقاء الدين
على الاصيل بدون الطلب او بدون الكفيل جائز الا يرى انه لو مات الكفيل سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب
عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن كفيله لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت لاسقاط
المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل الا يرى ان الكفيل
لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء ويسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد
ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لا كان
الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق فمن يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكره ان
الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض يضمحل
الرد كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير
قابل للرد فهذا بخلاف ما اذا كفل يجوز ان يكون جواب دخل تقريره لا نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا
عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير
عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط التاجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حق للطالب سوى الدين
لان المطالبة الحاصلة لم تثبت بعد تعين تاخيره وان كان تاخيرا لاصل الدين وهو في ذمة الاصيل فتاخر عنه
وعن الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان لتاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم
من ذلك تاخير اصل الدين قال فان صالح الكفيل رب المال صالح الكفيل رب المال على اقل من قوله عن
بجنسه على اربعة اوجه وهو ان يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل خاصة او لم يشترط
شيئا من ذلك ففي الاول والثاني برئا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل من خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل
والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل
ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل
للطالب صالحتك عن الالف بخمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى
ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فبراءة الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا
جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه ادى في هذا القدر بامره وان قال صالحتك
عما استوجبت بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي
من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع
بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين في
ذمة الكفيل ليصير الاداء تمليكا لاصل الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين ويكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع

عن الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة
بدلا عن الالف لكونه ربوا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ
عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا **قال** ومن قال للكفيل ضمن لي مالا
ذكر هاهنا ثلث مسائل تتعلق بالابراء احدها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب
والثانية ان يذكر ابتداؤها من الطالب والثالثة عكسها فالاولى ان يقول للكفيل برئت الي من المال فقد برئت
الي من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداؤها من المطلوب الى الكفيل
وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال او قبضته منك وهو اقرار
بالقبض فلا يكون لرب المال مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول
ابرأتك وفيها لا يرجع الكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين ان يطالب من الاصيل لانه اذ لم يدل اللفظ على البراءة
لا ينتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء والثالثة بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول برئت
ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد هو مثل ان يقول ابرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء
والثانية ادناهما فيثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك اذ يكون دليلا آخر وتوجيهه ان يقال يحتمل
البراءة باي الامرين كان ونحن شككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل وان كانت بالابراء
لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل قوله ان يقول برئت الي لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب
لانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل ينتهي اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا
وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فيقع البراءة وان لم يوجد
من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو حنيفة مع ابي يوسف
في هذه المسألة وكان المص هو اختاره فاخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع
ما ذكرنا ان كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا فالاستدلال على
الوجوه المذكورة واعترض بوجهين احدهما هو ان المجمل لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد ظهر
مما ذكر ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وهاهنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول
والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا مع اتفاقهم لانه واجيب بان قوله برئت الي وان كان
بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل
للاستعارة بان يقال برئت الي لاني ابرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكر في تعليل الاوجه الثلثة
استدلال لا صريحا في الايفاء فكان العمل به عند العجز بالعمل بالنص فاما اذا امكن العمل بصريح البيان من الطالب
في ذلك العمل بالاستدلال وان كان متواضحا في دلالته على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو الذي
سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا
شبهة فيه وهذا التطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي وهو
ما كان فيه ابهام فالخطب اذن هين هو نا **قال** ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى
التمليك كما في سائر البراءات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وردها لو كفل بالمال او بالنفس وقال ان اد

يد عنا فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فحينئذ يجوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول
به والمسألة في الايضاح وبرده انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في
الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه لان على
الكفيل المطالبة وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة
للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس
للناس فيه تعامل فاما اذا كان شرطا فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به يصح كالمسألة المنقولة من الايضاح
فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الا يرى ان صاحب الدين اذا قال
لمديونه عجل خمسمائة على اني ابرئتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز
محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله قوله وكل حق لا يمكن استيفاؤه
من الكفيل لا يصح الكفالة به ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان التعزير
او حد الرجم ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل
عن آخر بما عليه من الحدود او القصاص لم يصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب
عليه وهو منتف لان الوجوب عليه اما ان يكون اصالة او والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات
قال لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون
للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتهتكين
يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود واما في القصاص
فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني كما في الحدود ولعل الاستدلال لاجل
ذلك بالاجماع اولى لانه لم يرد لاحد من اهل خلاف في عدم جريانها في العقوبات فيكون التشكيك فيه تشكيكا
في المسلمات وهو غير مسموع **قال** واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة
بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع المذكورة بعده واعلم
ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة لا تضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر
ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون
بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها
فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير ويصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي
فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بدله لانه غير مضمون
بنفسه وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالغير ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها امانة ويجوز في المبيع
بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند
الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون
بغيره كما تقدم وقال الشافعي في الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة
فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يختص في الديون
دون الاعيان وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المكفول

بمضمونا على الاصيل بالاحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والرهن المضمون بالدين
لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن هلك بما
صار مستوفيا للدين ولا يلزمه مطالبة فلا يصح الكفالة وان كان الثاني اعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة
فان كان مضمونا بعينه كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى
الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت
الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين ولعل محمل اختلاف الرواية [illegible] فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل
لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن
فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين او زائدا عليه والزيادة عليه غير مضمونة كان امانة في يد المرتهن
ولا ضمان فيها وكان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها
عدم المنع عند الطلب لا التسليم [illegible] فالكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان واجب
التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع كالمستاجر [illegible]
بتسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ
بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا
بتسليمها وانما عليه رد الاجر وترك المص ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازه
فالحقه تابع شمس الائمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد
نص محمد في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الائمة ممن لا يخفى عليه الاطلاع على الجامع
بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختاره وقوله لانه التزم فعلا واجبا دليل ما ذكره وفيه اشارة الى الفرق
بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلنا . قوله ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر ابلا معينة
للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق
هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استاجرها معينة للحمل وكفل بالحمل لم يصح قال المص لانه
عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة
وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منعت صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي
واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا عنه فيه [illegible] وهو قوله فتسليم ما
التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما التزم بعقد يعتبر فيه التصور غير واقع لان
تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له
رجل بخدمته لم يصح لما بيناه انه عاجز عما كفل به **قال** ولا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس
لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رح الاول
وقال آخرا يجوز اذا اجازه حين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة المبسوط وفيه
نسخ لان نسخ كفالة المبسوط متعددة فانها بين نسخ واحد ما فالوجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في
بعض او زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف رح يجوز ثم قال لم يذكر قوله في الاصل في موضعين
شرط الاجازة في احدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط

الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف رح في وجه الرواية التي لم يشترط الاجازة فيها انه
تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه
التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن العبادة لا يشترط
قبول لعدم العلم بدوله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام
الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع عدم الضرر لجواز
دفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء فان الكفالة اذا صحت برئ
الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في تحقق الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا
يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبل عن الطالب فضولي
توقف على اجازته لوجود شطريه الا في مسئلة واحدة هذا استثناء من قوله لا يصح الكفالة الا بقبول المكفول
له قال لا يصح ذلك عندهما الا في مسئلة واحدة استحسانا والقياس عندهما ان لا تجوز الكفالة بغير حاضر فلا يتم
الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لوارثه او لاجنبي لم يصح فكذا المريض والاستحسان وجهان احدهما
ان يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال ادفع عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا
يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم ان جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشائخ رحمهم الله انما يصح
هذه الكفالة اذا كان له مال لانه عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قيل
في كلام المص نوع تسامح لانه في معنى الوصية لا انه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة
الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لانه ذلك وصية في الحقيقة
ومثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤول الى معنى
آخر وبه لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة والثاني ان يقال ان المريض قائم مقام الطالب
لحاجته اليه اي الى القيام مقامه بوجه ما يقتضيه من تفريغ المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجه ما فانه
من نفع الطالب ايضا وكان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام
الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المص بقوله
وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة
نظرا الى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامراة زوجيني نفسك فقالت زوجت
فان ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت ونظيره قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو [illegible]
للاستحسان [illegible] بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكون مسكوتا عنه في هذه المسئلة
قال ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ رحمهم الله اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما
علي من الدين فتكفل الاجنبي ذلك اختلف المشائخ رحمهم الله فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء
دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي
او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي
اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض
الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركنا على القياس وعلى انه يطرق الوصية كما هو الوجه الآخر

من الاستحسان وهذا لجاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها
قال وإذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا
كان او اجنبيا لم يصح الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لان الكفيل قد كفل
بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا كفل بدين
صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الآخرة لا كلام في
ثبوته وبقائه في حق احكام الآخرة واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب بلا
خلاف وما وجب لا ينتفي الا بابراء من له الحق او باداء من عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك
كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح
ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل او له مال فان الدين
باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء
الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كما لو اشترى بفلوس فانها
كسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي
حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما يكون بنفسه
او بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود منه
الحاصل منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف
بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال كما عرفت لزم قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة
فلذلك ما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن لما امر به وان قلت فيقال المال الواجب اجاب المصنف
بقوله لكنه اي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال
فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤول اليه في المآل فكان وصفا مجازيا وان قلنا العجز بنفسه وبخلفه يدل
على تعذر المطالبة وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذرت
المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت
بالموت ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المص ذكر دليل ابي حنيفة رحمه الله بطريق المعارضة
ولو اخرجه الى سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط وتذكر السند بقوله لان الدين هو
الفعل كان احذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وبتنبيه هذه النكتة واستغنى عن اعادتها في ما هو نظيره
فيما سيأتي قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد
قيام الدين فان من قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين
اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرجه من ان يكون محلا واذا كان باقيا
في حق المستحق حل له ان يأخذ منه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق
البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى الغير بخلاف الفلوس اذا كسدت فان
الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان
به كفيل او له مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال فالخلف

القادر او بخلفه وهو الكفيل او المال في حق بقاء الدين باق او الافضاء على ما هو الشائع وعليه اكثر النسخ تنزيل
وكلامه فان الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون
في الكلام لف ونشر وتقديره بخلفه وهو الكفيل او الافضاء الى الاداء بوجوده باق بخلافه وهو المال باق وعلى
ما اشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه
التعليل لقوله بخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام بخلفه باق حذف لدلالة المذكور عليه كما في قوله نحن بما عندنا
وانت راض بما عندك والراي مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق
لان الخلف ما يحصل كفاية امر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما يرى من التكلف مع الغنية
عنه بالاولى فان قيل ان استدل الخصم باطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي
ان النبي عليه السلام اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران
فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال
هما علي يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم يصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد
ما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم
ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم او لا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذكر ذلك على
وجه الشهادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون
وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي بعد ما فعل الديناران حتى قال
يوما قضيتهما فقال عليه السلام الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك
والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم
اليه وجاحده مشاهد حيث لم يعتبر الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة قال ومن كفل عن
رجل بالف رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب
المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك
حقه فخذها قبل ان يؤدي فيقبضها او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع
الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانثها باعتبار الدراهم لانه
تعلق به حق القابض وهو الكفيل مع احتمال قضاء الدين فلم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق
الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا
في نقض ما اوجده كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو
ان يصير زكاة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان
الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك بالاسترداد فلا يقدر عليه
لكنه لم يملكه لانه تمحض يد امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح لا يجب عليه
التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه والربح الحاصل
من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل فان
كان الاول فظاهر لانه تبين انه وجب له فملكه من حين قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه

للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء او خروج ثانيهم مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء وهذا الواخذ الكفيل من الاصيل دهنا بهذا المال صح ثم مالواخذ رهنا بدين مؤجل ولو ابراء الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى اذا ادى الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضي خان والامام المحبوبي رحمهما الله وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها لكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى الذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل اخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل وهذا لكونه نازلا منزلته لو ابرا الكفيل المطلوب قبل ادائه صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحال ان الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتمكنه قبضه بمجرد الدين المطالبة مع ان المطالبة لا يستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فانه له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه انه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول مثل دين الطالب فلا ينافي في ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلث مطالبات دين ومطالبة للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متاخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا وهذا ليس له المطالبة قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل من له دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه قلنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة بينته في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قبضه الكفيل فلا خبث فيه في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف رح يطيب لان الخراج بالضمان واصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فيه فانه على الاختلاف **قال** ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيه فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة رح واحب اليّ ان يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة رح وفي رواية كتاب البيوع عنه انه لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به ووجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما ان الربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملك سليم له الربح ووجه رواية الكفالة انه

يمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضيه الكر بنفسه وان كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك المتردد بين ان يقر وان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث واما لانه رضي به اي يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وتقريره يمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل فيه اي الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رده اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام رح والاشبه ان يطيب له لانه انما رد عليه لانه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف رح يطيب **قال** ومن كفل عن رجل بالف بامره الاصيل الكفيل ان يتعاطى له نوعا من البيع وهو البيع بطريق العينة وفسر المصنف بان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء جائز له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا لكانت المرابحة مكروهة وانما لزم الربح الكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على قول نظرا الى قوله على انه كفالة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما تصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه كمن قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعيّن يعني اشتر لي حريرا بعينه ثم بعه في السوق باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمامور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بعضهم بجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسدت الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور العينة صورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب ثم يبيع من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها لعينة **قال** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم ولم يقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هنا غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به انما مال مقضي به على الاصيل لدلالة ما تقتضي صراحة عبارة

ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والمتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا
مطابقة بينهما واما ما قال بعضهم يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطال الله بقاءك فهو وان كان صحيحا
لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة فيه مطابقة
الدعوى لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان من ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل
بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة والشارحون رحمهم الله
ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال مقضي او يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي الفا يجوز ان يكون قبل عقد
وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وفيه نظر لان لفظ المضي لا يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح
لان المكفول به انما هو المقضي ولم يدع ذلك وانما ادعى مالا لم يقض به ومع غيبة الاصيل لا يصح لانه قضاء على الغائب فلا يكون
الدعوى صحيحة فلا يقبل البينة ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي به على
الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضي به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلثة فروق ذكر
المصنف منها اثنين احدها ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف
بكونه مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به صحيحة وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة
بخلاف ما تقدم كما مر الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه
ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه
والآخر الفرق بين الكفالة بامر وبينها بغير امر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في ان
لا يكون الكفيل خصما من الاصيل بين ان يكون بامره او بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة
بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما متغايران لا محالة واذا
ثبت ذلك فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا يرى انه لو ادعى
الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك واذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضي
بالكفالة بالامر بينة يثبت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه في ضمن القضاء بعد
ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امر فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال
على الكفيل وجوبه على الاصيل لا ترى ان صحة الكفالة بغير امره تعتمد قيام الدين في ذمة الكفيل حتى لو قال كفلت لك
على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين من الكفيل الى الاصيل
والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفيل له عن فلان بكل ماله قبله ولم يفسر
على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كان له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة
بامر او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثباته على
على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرف بذاته
واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على
الاصيل فصار كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبت المدعي وسيأتي تمام ذلك قوله وفي الكفالة
بامره يجوز ان يكون فرق آخر بين ما اذا قام البينة على الكفالة بامره وبين ما اذا قام عليها بغيره فان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما ادى على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال

ذرع به لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظالم والمظلوم لا يظلم غيره وفيما لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا
فبطل زعمه كمن اشترى شيئا واقر بان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع
بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد رحمه الله فيمن اشترى عبدا فباعه ورده عليه بعيب
بالبينة بعدما انكر العيب ثم اراد ان يرده على بايعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله حيث لم يبطل زعمه
مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده على بايعه لان قوله لا
عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البائع الثاني دون الاول لان قيام العيب
عند البائع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال ومن باع دارا وكفل عنه بالدرك ومن باع
دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق
من الكفيل بان الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه لان الكفالة ان كانت
مشروطة في البيع او لا فان كانت الاول فهو شرط ملايم للعقد لان الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط [illegible] وكان
تمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكان هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته
وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان الشفعة نقض ما تم من جهة من سعى
بهذا الفرق لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم من جهته
الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضاء الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني
فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق
فتكفل تسكينا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار فلا تبال انها ملك البائع فان ادركك درك فانا ضامن
وذلك اقرار بانه ملك البائع ومن اقر بملك البائع لا يصح دعواه بعد ذلك وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه
يؤل اليه في المعنى قال ولو شهد وختم ولو شهد شاهد على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه
في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره
شمس الائمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عادة
كانت في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا فان ادعى لنفسه سمع دعواه
وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملايمة ولا هي باقرار بالملك لان
البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على ان زيدا باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب
الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة
على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه
باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان بالبيع او جرى البيع بمشهدي واما
اذا كتب فيه ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب ان هذا يشهد بذلك فانه تسليم
فلا يصح دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

قال **فصل** في الضمان ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد
ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها للتغاير في اللفظ واعلم ان كل من يرجع اليه حقوق
العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضا

اذا باع من البائع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اى الى الوكيل
والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة فى البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو
حلف المشترى الموكل عليه شئ كان بارا فى يمينه ولو حلف الوكيل عليه شئ كان حانثا وكذلك المضارب واذا كان
كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه لا
اعتبار له لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة فى ايدى الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا
ضمينين فان ضمناه امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك
لنزعه الى الشركة فى الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك فى التقرير تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع
والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ولقائل ان يقول الوكالة بانفرادها لم
والكفالة كذلك فلم يجوز ان يكون المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى
الضمان وتحويلا من حكم شرعى الى حكم شرعى فصار كما اذا اودع بالف ثم باع بالف وخمسماية والجواب ان
دفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة لانه لا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها انما يكون ضرورة صحة الكفالة
والكفالة هنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان يصح على وجه يبطل به اصلها بخلاف
مسئلة البيع فان الثانى ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه
حصته من الثمن لم يصح لانه لو صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان
صح فى نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما ان يكون حسا
او بوصف مميز وكلاهما فيما فى الذمة من الدين غير متصور وذكر فى الفوايد الظهيرية فى تعليله لان ما يستحق
بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر
ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على
فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كانه ما ادى الا الباقى فكان للضامن ان يرجع
بنصف الباقى ثم وثم الى ان لا يبقى شئ فهذا معنى قول مشايخنا ان فى تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء
فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل فى تعليل هذه المسئلة لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف
هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا ولا وجه الى الثانى لما فيه من قسمة
الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه
معنى القسمة فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكره نقلا صاحب النهاية وغيره وفيه نظر
لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى
وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقى بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه
لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا
له اعتباران اعتبار نصف شايع فى كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز فى بعض آحاده لا تعلق له فى الثانى
من الافراد ولا اختلاف فى اختلافهما وتغايرهما فتركه ذلك نقص من التعقل ولا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع
الى آخره يجاب عنه بان الكلام فيما القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر
ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن احدهما للآخر بنصيبه فانه

يصح لانه تميز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثم لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله
الا يرى ان للمشترى ان يقبل نصيب احدهما ويرد الآخر وله ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل
الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك **قال** ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الضمان عن
الخراج والنوائب والقسمة جائز اما الخراج فقد تقدم فى فصل من قبل والرهن والكفالة جائزان فى الخراج قيل والمراد
به الموظف وهو الواجب فى الذمة بان يوظف الامام فى كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهى التى يقسم الامام
ما يخرج من الارض لانه ليس فى معنى الدين لعدم وجوبه فى الذمة وقد تقدم فى هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج و
وذكر المصنف فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شئ
والمال آلة ولهذا لا يؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول
كرى الانهار المشتركة واجرة الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى التجهيز الجيش
لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن فى بيت المال مال فوظف ما لا على الناس لذلك والضمان فيه جائز
بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثانى وهو الجبايات
فى زماننا وهى التى يأخذها الظلمة فى زماننا ظلما كالتقى ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم لا يصح الضمان
بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ عليه شرعا ههنا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه
الامام البزدوى فى يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام واما النوائب
فى [illegible] من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما يثبت صحة الكفالة لانها ديون فى حكم توجه المطالبة بها والعبرة
فى الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدل
كان مأجورا وان كان اصله من جهة الذى يأخذه باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من
غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن البيع قال شمس الائمة هذا اذا امره به لا عن اكراه واما اذا كان مكرها فى
الامر فلا يعتبر امره فى الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابى بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان
القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجئ بمعنى النصيب قال الله تعالى
ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندوانى يقول معناه ان احد الشريكين
اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة
عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمه بالضمير
لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تجئ بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هى النوائب بعينها وقد ذكر تفسير
النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكرها بالواو للبيان من باب العطف للتفسير وحصة منها اى من النوائب يعنى
اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فاصاب واحدا شئ من ذلك فيجب اداؤه فتكفل به رجل
صحت الكفالة بالاجماع قيل وكان ينبغى ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف
الخاص على العام كما فى قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكائيل فاشار المصنف الى ان
الرواية باو على تقدير ان يكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل او واما اذا كانت
هى النوائب بعينها فهو محل الواو لا غير وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب
ومن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ

رحمه الله فيما كان بغير حق قال ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن ابي يوسف ابراهيم بن يوسف رحمهما الله ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي رح القول فيهما للمقر لان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة والجواب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولابي يوسف رح انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين اجيب بالفرق بينهما ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل فكان ثم اقرارا على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل ان يقول اجيب انه لا دين عليه فيقربه اليس انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تأخير الى اجل فكان ثم اقرارا على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه وهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وهذا من التناقض الاخفى والجواب ان المص رح ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني في ضمنه زيادة استيضاح في الاستقصاء على تذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا تناقض

قال ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني في دعوى الحالة ما لا يثبت الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان في البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل وكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا لها كالنطق المنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في العقد من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله وقد وقع في المتن والشافعي الحق بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور ومن منهجها لعله ثلاث وخير فيه سقط عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضي له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وبه يمتنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان المجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف رح في الامالي ان له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضي له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يطالب الكفيل فانه تبعه فاذا قضى الحاكم بالحرية بمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع والفرق بينهما وبين الاستحقاق ما اشار اليه المص رح بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع و

ان شاء وهو ضع اوائل الزيادات في ترتيب الاصل اذ ترتيب الاصل ترتيب محمد رح فانه افتتح كتاب البيوع بباب المأذون مخالفا الترتيب سائر الكتب تبركا باملاء ابي يوسف رح فان محمدا رح اخذ املاء ابي يوسف رح بابا بابا وجعل اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف رح وزياداته من تصنيف محمد رح ولذلك سمي كتاب الزيادات وكان ابتداء الاملاء لابي يوسف رح في هذا الباب من باب المأذون ولم يغيره محمد رح تبركا بترتيبه والعراقي على هذا الترتيب الذي هو عليه اليوم ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكر هنا ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاول فلان هذه الالفاظ مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس مضمونا على الاصيل لا يصح الكفالة به وقد يقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد يقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد يقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما تعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فان الفرق فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا فوجب العمل به واما الثالث فابو حنيفة رح قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يبيعه المستحق او حرا فلا يقدر عليه مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز فعلى هذا في كلام المص رح نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد الثمن مجازا ضرورة امور معتددة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المص رح وذكر صدر الشهيد رح في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكر هنا اي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا رحمهم الله ان عند ابي حنيفة رح ان ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المص رح فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير من بطلانه من غير ذكر خلاف

باب كفالة الرجلين لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخره وضعا ليناسب الوضع الطبع قال واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا اشترى رجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف الآخر كفيلا فما ادى الى تمام النصف كان دفعا عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم بعشرة دراهم فتفرقا قبل المجلس عشرة جعل المنقود ثمن القرب لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة

اوى لان دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لابتنائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين
متصور فلا يعارض بل يترجح الدين عليها فيصرف المدفوع اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه
فيها بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكونه اصلها راجحا لا
لانتفائه قال ولانه دليل آخر على ذلك اورده مبناه على الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه
مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه
ان يرجع عليه لكن ليس لصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه
لان اداء نائبه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدي يقول له انت اديته عني بامري فيكون ذلك كادائي
ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المؤدى عنك فان رجعت علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان
ذلك الذي اديته عني هو اداي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير اداي كذلك والشريك الآخر
يقول له مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فايدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع
الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم
الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل
المال وعن الاصيل كذلك فما اجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وبعدها
المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة
التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فيصح الكفالة عن الكفيل كما يصح عن الاصيل وكما يصح حوالة المحتال عليه بما
التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسألة في الصحيح فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان
المؤدي او كثيرا لان ما ادى احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فانه
الاصالة في النصف راجحة بعد مساواة المعارضة بينها وبين الكفالة فاذا وقع شايعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي
الى الدور لان قضية الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما
تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراء نفسه ونصفه بكفالة عن شريكه
وجعل المؤدى من الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح ليأتي الفروع المبنية على ذلك فانه قال
ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه
لمن كفل عنه لا لهما وقال وان شاء يعني من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان
احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان
ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا من قوله ان يكون الكفالة
بالكل عن الاصيل ولهذا يأخذه به وهو ظاهر قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا
ايهما شاؤوا بجميع الديون اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع ذلك فان ادى
احدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من
ضمان التجارة وقد كان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاؤوا بجميع الديون لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق
فلا يبطل بالافتراق فاذا طالبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف
بامر من الوجهين من كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة

بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط
كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان
كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من انها تقتضي دينا
صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا
باداء الالف باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر وهذا وان يجعل كل واحد منهما
كفيلا بالالف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا
اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحها بهذا الطريق واذا عرف هذا
ذلك عرف استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكفالة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولا
لا يعتق كل واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل
او لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفته ملكه وبرئ
المعتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف
على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا
لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا
برقبتهما فلهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يثبت الرجوع
ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو للتحرز عن تفريق
الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدي على الخصوص برئ باداءه عن نفسه وعتق لان المكاتب اذا ادى
ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما بان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق
الصفقة فاوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فللمولى ان يأخذ بحصته ايهما شاء اما المعتق فبالكفالة
واما صاحبه فبالاصالة قيل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجيب بان كل واحد
منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان اخذ
الذي اعتق رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد

وضع هذا الباب اثر كفالة الحر لان الحر مقدم على العبد شرفا انما
لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع بهذه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اختير كون الواو للجمع المطلق وفيه نظر
قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسألة قوله فهو حال وعدل عن عبارة
محمد في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهما الله في العبد الذي يستهلك المال الذي لا
يجب عليه حتى يعتق فيضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره حالا الى عبارة في الكتاب لان عبارة محمد يحتاج الى تأويل فان العبد اذا
استهلك المال عيانا يؤخذ منه في الحال قال فخر الاسلام هو مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد
المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا
في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شيء من ذلك ما اذا
اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى او اودعه
فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله في الحال انما صحت الكفالة في هذه الوجوه لانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقيد بالتسليم

الكفيل فيصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المليء او المفلس واما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب
وقبول الذمة لكن لا يطالب لعجزه والمانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهو اي المانع
غير متحقق في الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كما لو كفل عن غائب يصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن
مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانه يصح ويؤخذ الكفيل به وان كان في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة
فان قيل ذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجيب بقوله
بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر اي امر موجب للتأخير وهو الاجل
بالمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ثم اذا ادى الكفيل يرجع على العبد بعد العتق
لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا كفالة بالنفس لا
تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا فان ثبوته يبرأ الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حرا وذكر تمهيد المتن
بعدها وتبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه العبد
كان له ضمن الكفيل قيمته لان المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على
الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق
الكفيل بخلاف الاول اي الضمان الاول لان محل الالتزام وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله
وانما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت
على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل قال واذا
كفل العبد عن مولاه بامره اذا كفل العبد عن مولاه بامره فاما ان يكون عليه دين مستغرق اولا فان كان الاول
لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن للمولى وان كان الثاني صحت اذا كانت بامره لان ماليته لمولاه فلما كفل
بامره رضي بالتزام الاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس او بالمال مديونا كان العبد او
غير مديون واذا صحت الكفالة وادى العبد ما كفل به بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما
على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال ولنا
ان الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى
لا يستوجب على عبده دينا بحاله وكل كفالة انعقدت غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه
فاجازه فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل لذلك ونوقض بان الابن اذا اعتق المرهون وهو معسر
وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه مغالطة فانا
كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا لان استيجابه الدين عليه انما هو بعد
العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب ببدل الكتابة تكفل به حر او عبد
وانما قال ببدل الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا غير بدل الكتابة اما في بدل
الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا يصح
ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان
علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر اي ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لانها
دينا مستقرا لانها للتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة

بل قد يكون نفرة اولعبا قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين لا يسقط
الا بالاداء والابراء قوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره ان الكفالة لو
صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو انه يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز
الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما
كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة
الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم وتعيينا للزيادة على الملتزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على
الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد
فلو الزمنا مطلقا لزم الزام الزيادة على الملتزم وهو غير جائز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه
بفسخ الكتابة سقوطه بطلا لانتفاء تعليقها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم
جواز الكفالة به للمولى على قول ابي حنيفة لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لما ان احكام المستسعى احكام
العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم
يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون كتاب

الحوالة الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيهما التزاما لما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل
منهما للاخر اذا شرط موجب احديهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة
تعقب الكفالة وكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال
وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به واما شرطها فسنذكره
في اثناء الكلام وكذا حكمها وانواعها قال وهي جائزة بالديون الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان اما
الجواز فيدل عليه النقل والعقل اما الاول فهو ما روى ابو داود في السنن قال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد
عن الاعرج عن ابي هريرة رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع
وقال الترمذي في جامعه هذا روى الحديث باسناده الى ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه
اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا به فكان دليلا
على جوازها واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها
بالديون فلانها تنبئ عن التحويل والتحويل في الدين لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما
يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع في ذمة
شخص آخر بالتزامه واما العين اذا كان في محل محسوس فلا يمكن ان يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق
فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه شرط صحة الحوالة
رضى المحتال لان الدين حقه وهو الذي ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم
واما رضى المحال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك واحمد رحمهما الله
لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره
كالوكيل في الاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع ولنا انه التزام الدين ولا لزوم
بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون التزام لان الحكم اظهار لا الزام لا التزام واما رضى

المحيل فعند شرط القدوري رحمه الله وعند البعض يحتمل بان ذوي المروات قد يانفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم
وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر
به بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وهذا يكون فائدة اشتراط الرجوع عليه اذا كانت بامره
وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانه حينئذ يكون اسقاط
مطالبة المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال
عليه والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال
يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطها مطلقا كما ذهب
اليه الائمة الثلثة بناء على ان ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قهر عليه بتعيين بعض الجهات او
عدم اشتراطها مطلقا كما ذهب اليه بعض الشافعية رحمهم الله تخريجا على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي **قال** واذا تمت
الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول واذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين
بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضى من رضاه شرط فيها على ما تقدم من الدين اختيار منه
لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله فان منهم من ذهب الى انها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة
والدين جميعا ومنهم من ذهب الى انها توجب براءتها عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله احكاما تدل على القولين
فما يدل على الاول ما قال ان المحيل اذا وهب الدين من المحتال او ابراه من الدين بعد الحوالة لا يصح هبته وابراؤه
ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل ولو انتقل اصل
الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابراه المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فانه لا بد ان
يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد مال المحتال لا يجبر المحتال على القبول
ولو انتقل الدين بالحوالة لكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر
المال على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي يوسف رحمه الله
والثاني قول محمد رحمه الله والفائدة تظهر في الراهن اذا احال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف رحمه الله
يسترده كما لو ابراه من الدين وعند محمد رحمه الله لا يسترد لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال
ما ذكر المص رحمه الله يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتقال الدين
بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال
زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال
ابن ابي ليلى رحمه الله ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد
وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم
الاخر لغة فان الحوالة موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بان الحوالة بغير رضا المحيل فانها صحيحة
كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد الاداء والدين ظاهر
التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء قوله والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر رحمه الله وتقريره سلمنا ان كل واحد منهما
عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق فيها باختيار الاملى اي الاقدر على الايفاء لئلا يفوت
فات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب

والا تجبر على القبول لجواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين
من المحيل وصار اجنبيا منه فاذا نقد كان الواجب ان لا يجبر المحتال على القبول اي لا يثبت له حق القبض اذ لا فرق
الموانع بين المحتال والمنقود ولكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وباداء الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول
وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل فلا
يكون متبرعا **قال** ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه ومعنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع
وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثم
ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتأيد بما روي عن ابن المسيب رحمه الله
انه كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب رحمه الله اخترت عليا رضه فقال ابعدك
الله فابعده بمجرد احتياله ولم يجوز الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع والاول
مسلم لكن لا يفيدكم لجواز ان يكون مقيدة بدلالة الحال اي العرف او العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة
حقه وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل
الثاني لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصار سلامة الحق
من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار
وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد
ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ
ويعود بالدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله وتنفسخ الحوالة للفوات اي لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل
للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد
المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لفظا اشارة الى عبارة
آخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمص رحمه الله جمع بين طريقة المشايخ واستخدم قوله
فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رضه انه قال اذا
توى المال على المحال عليه عاد المال على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك خلاف فحل محل الاجماع
وعورض بان المحال له وقت الحوالة خير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يأبى ابقاء
الحق في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه ولا يعود على الآخر كالمغصوب
منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء وكالمولى اذا اعتق عبد المديون فاختار
الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء والجواب ان قوله اذا اختار احدهما تعين عليه
اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والآخر خلف عنه او كل واحد منهما اصل فان كان الثاني فليس ما نحن فيه كذلك
ليصح القياس عليه وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع
الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاما في اتواء الحق الى وصف ينتفي بثبوته فائدة
في الوضع **قال** والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين توى المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة رحمه الله
يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه لا يقدر
على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما

انه في الاول فلما ذكرناه واما في الثاني فلانه لم يبق في ذمته ما يتعلق بها الحق فسقط من المحال عليه ويثبت للمحال الرجوع على المحيل
براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذا وجه ثالث
وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم الحاكم عنده لا
يتحقق خلافا لهما لان التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفائه فصار كموت المحال
عليه وقال العجز في ذلك عجز يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح وقد تقدم معنا في الكفالة
فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط ان القول
قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة فان الفقر في الرجل اصل والغنى عارض فان كان
قادرا ثم ودينا فاستحال بكونه الفقر وقضى القاضي اي قضى بافلاسه حين طولب بماله كذا في الطلبة قال
واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل بمثل مال الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل احلت
لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق باقراره الا انه يدعي
عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قيل
لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحوالة قد تكون
بدون الدين على المحال عليه فيجوز ان تكون كذلك ولا تكون مقيدة بالدين بلا دليل واذا طالب المحيل
المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل
الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحوالة
ومعناه ان دعواه تلك دعوى بامر من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة مستعمل فيها مجازا لما في
الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكن مع يمينه لان في
ذلك نوع مخالفة للظاهر قال ومن اودع رجلا الف درهم اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة
فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني
ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة هي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا
بعين له في يده وان كان له ذلك او بان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين ايضا على نوعين
حالة ومؤجلة فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها تحول
الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل فاذا فرض انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه
وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو ان
يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن
اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه
وديعة وقوله لانه اقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما ان الاداء منها يتحقق من غير حق
المحيل وهو لا يتعيب عليه الاداء فكان اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا يحتاج الى كسب والدين قد
يحتاج اليه ولما كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز وكانت بمنزلة الدين فلان تكون جائزة بالعين
اجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال عليه شيء لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة
بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكوة المتعلقة بنصاب معين يهلك

بخلاف

بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها جازت الحوالة بالعين المغصوب
وانها ان هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك يجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا
فكان الفوات بهلاكه فواتا الى خلف فصار كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
ايضا بيان لجواز الحوالة مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك احال المديون
الطالب على مديونه بالالف على ان يؤدي من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة
وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا او بالدين ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين او
الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لانه تعلق به حق المحتال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه
مما للمحيل عليه او عنده فتعلق به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ولو دفعها
المودع او غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين
لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر يخالف
حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين
او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي عليه
فالمحتال اسوة للغرماء بعد موته خلافا لزفر وهو القياس لان دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل وهو
اجنبي من هذا المال ولهذا لا يكون له ان يأخذه في حال حيوته فكذا بعد وفاته ولان المحتال كان اسبق
بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحتال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي
بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة
ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فيثبت
له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه في ثمنه وهذا اشارة الى قوله
ان لا يملك المحيل وتقرير ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل
ما عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لان الحوالة المطلقة لا تعلق لحق المحتال به اي بما عند المحال عليه
او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فاخذ ما له عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس
للمودع والغاصب ان يؤدي دين المحال من الوديعة وللمحيل ان يأخذها منه بخلاف الحوالة كما كانت قال
ويكره السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم
وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان
يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة
ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة
في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانهما معاملة ايضا في الديون والله اعلم

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون
عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء ووصف الكتاب بالبيان لتلك
بالادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قال ابو زيد ويجوز ان يعرف

بأمر ملكه تعظيم من جاءت بعد الانبياء ولاشك ان القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله
بعث كل رسول حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون
وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم قال ولا يصح ولاية القاضي لا يصح ولاية القاضي حتى
يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول ويجوز على المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا
بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد
اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقى اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من
القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء او ابى فكل ما يستفاد حكمه من الكلام من
الشهادة يشترط له ما يشترط للشهادة لان ولاية القضاء لما كانت اعم اولا كل من ولاية الشهادة واعم تبيعا عليها كانت
اولى باشتراطها وبما اوتي الحجر يجوز ان يستعار استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة
كان اهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق اهل للقضاء لاهلية الشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد
لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل
جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي
صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء او كسرها
وهي معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق
العزل فيعزله الامير وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل والى اشار الامام
البزدوي قوله وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي
انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف رحمهما الله ويجوز ان يكون اشارة
الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء كان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد
القضاء لا يصير قاضيا قال والاول اظهر القول وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه
وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان
يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشايخ ابتداء فسق
ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها
فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل من الابتداء
ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ فالاول ثابت لانه من مسائل هذا الفن
يبتنى عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا
ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يؤخذ من الدليل
المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليه زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل
جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من
ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة فان الامام او الامير
اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة لان مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة

الا ترى ان من الامراء من تغلب وجار وللجائر والاكامدة والصحابة رضي الله عنهم تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه
واما مبنى القضاء فلا على العدالة والامانة فاذا بطلت القضاء مبنوية والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا
لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطاء فلا يترك الصواب
واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق
لا يصلح وقد ذكر محمد رحمه الله في الاصل ان المقلد لا يصلح ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط
الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقيها اخذ بقوله
قوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه
جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال
الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو في الحقيقة خلاف الشافعي رحمه الله فانه قال لم يقولوا ان الامر بالقضاء يستدعي
القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولم قيل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يقبل الى القبول
بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى
غيره لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد
اذا قضى بفتوى غيره ويؤيد ما ذكره احمد بن حنبل في مسنده عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان
الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد
ليس بشرط الجواز لان عليا لم يكن من اهل الاجتهاد ثم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله
عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث
يثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يعمل المقلد عند وجود
المجتهد العدل قال في حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا وان بيانه تفصيلا
موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفسرا وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة
بالفقه ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه
والفرق بين المبادي بينه وقيل وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة
جيدة خالصة من التشكيكات المكتوبة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة ويترتب
المطلوب على ما يصلح ان يكون سببا لا من عرف او عادة فان من الاحكام ما يبتنى عليها كما للغبن
كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال ولا بأس بالدخول في القضاء ولا بأس بالدخول في القضاء
لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض لقوله تعالى يا
داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال الله تعالى للنبي عليه السلام انا انزلنا
اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة
رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان
الدخول في فرض الكفاية اذا لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما في صلوة الجنازة وغيرها فاي حاجة الى نفي البأس
كذلك الا انه في خطر الوقوع في المحظور فكان نفي البأس قال ويكره الدخول فيه لمن خاف العجز

ومن خاف العجز عن اداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيكره له الدخول فيه كيلا يصير الدخول فيه
شرطا اى وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف فى القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انما
هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشاء وفى الغالب يكون ذلك شرطا عند دفعتين مثل ان يقول له على اولا
اول على مطالبة بكذا فان قضيت لى فلك كذا وكره بعض العلماء او بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا
بانفسهم او خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد فى ادب القاضى ومنهم من قال
لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا حنيفة رح دعى الى القضاء ثلث مرات فابى حتى ضرب فى كل مرة
ثلثين سوطا فلما كان فى المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابى فاستشار ابا يوسف رح فقال ابو يوسف
لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت
اقدر عليه وكانى بك قاضيا وكذا دعى محمد رح الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل
المص رح على ذلك بقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رضى الله عنه
وذكر الصدر الشهيد فى ادب القاضى وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين يؤثر فى
الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر فى الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر فى الظاهر
ووبال القضاء لا يؤثر فى الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن فى باطنه هلاك وكان شمس الائمة
الحلوانى يقول لا ينبغى لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضى فقد حكى ان
قاضيا روى له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعا فى مجلسه من يسوى شعره فجعل
الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى فالقى رأسه بين يديه ثم قال المص رح
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا فى اقامة العدل وروى الحسن عن ابى يوسف ومحمد رحمهم الله انه اذا
قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا
ولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسى رح فى شرح ادب القاضى
للخصاف دخل فى القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه
لانه يلتزم انه يقضى بحق ولا يدرى ايقدر على الوفاء به اولا وفى ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا
كان فى البلد غيره ممن يصلح للقضاء فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فيفترض عليه الدخول صيانة
لحقوق العباد فى حقوقهم واخلاء العالم عن الفساد فى الحدود والقصاص فاذا كان فى البلد قوم
يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم
والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا فى الاثم لادائه الى تضييع الاحكام قال
وينبغى ان لا يطلب الولاية ولا يسألها اى من يصلح للقضاء ينبغى له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها
بلسانه لما روى انس بن مالك رضى الله عنه عن النبى عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر
عليه نزل عليه ملك يسدده ووكل بالتخفيف اى فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب
لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه واعجب برأيه فحرم
التوفيق وينبغى ان لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال لحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله فيكون
القلب الى الله على الا يجد ارشاده وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

قوله ثم يجوز التقلد تفريع على مسئلة العقد وهى بيان انه لا فرق فى جواز التقلد لاهله بين ان يكون المولى عادلا او جائرا
فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية رضى الله عنه
وكان الحق مع على رضه عنه فى نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر وانما قيد بقوله فى نوبته لان الروافض انه
الحق مع على رضه فى نوبة ابى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وليس الامر كما قالوا بل اجمع الائمة من اهل العقد والحل
على صحة خلافة الخلفاء قبله وهو مقرر فى باب الامامة فى اصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره
مشهور فى الآفاق وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر فانه
اذا كان لا يمكنه من القضاء لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فائدة للتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال
ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضى الذى كان قبله من تولى القضاء بعد عزل آخر يسلم ديوان القاضى الذى
كان قبله والديوان هو الخرائط ليكون حجة التى فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء
وتقدير النفقات لانها اى السجلات وغيرها انما وضعت فى الخرائط ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء
والا لا تفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤول اليها بالتذكير ثم البياض
اى الذى كتب فيه الحادثة والورق ان كان اورق لا يخلو عن امور ثلثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم
او من مال القاضى فان كان الاول فوجه تسليم القاضى اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم فى الصحيح لانهم
وضعوه فى يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضى هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا
فى الصحيح قوله فى الصحيح احتراز عما قال بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضى لا يجبر
المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا ذكره قوله ويبعث امينين بيان لكيفية
التسليم وهو ان يبعث المولى رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفى فيقبضانها بحضرة المعزول او امينه
ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع فى خريطة على حدة كيلا يشتبه على المولى وهذا لان السجلات وغيرها لما
كانت موضوعة فى الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولى فلم يتقدم له
عهد بذلك فان تركت مجتمعة يشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا
السؤال اى سؤال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة
ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على السؤال
بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثانى بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثانى محذوف
وتقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات وغيرها شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألان
اى يسألان شيئا فشيئا عنها وليس بشئ لان الكلام فى الثانى لا فى الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا
كما فى قوله بعث له حسابه بابا بابا وينظر المولى فى حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم
ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا للامور والمسلمين وقول المعزول ليس بحجة كما تقدم فلا بد من
التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فى ناحية فيحققه بالنسبة اياه وحينئذ اذا طلب الخصم ذلك لان الاول
ولى الولاية فجعل فعله حجة وعقوبة اى حبسه ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه
التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضى
يعرف عدالة الشهود الزمه الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك فانهم يعلم او

يجعل خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه اي اذا حبس يقول
المنادى ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضر واحد فبها والا
اي يطلقه فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ كفيلا بنفسه واطلقه لانه فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل
بالتخلية ويستظهر امره لئلا يؤدى الى ابطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعى عليه اذا حضر
والفرق لابي حنيفة رح في اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا ياخذ هناك
كفيلا على ما يجيء ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز
تاخير الحق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه
مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق
وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق والفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال
لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لا يجب على شيء نادى عليه شهرا وينظر الى الودائع وارتفاع
الوقوف لانه يثبت ما قلنا في امور الناس فيعمل فيه المذكور على حسب ما يقوم به البينة او باعتراف من هو
بيده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الا ان يعترف ذو اليد
ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه ثبت باقرار ذي اليد ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار
المعزول به كانه في يده في الحال ولو كان بيده عينا ما صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع
كيد المودع الا اذا بدا ذو اليد بالاقرار لغيره من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم
يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على ستة
اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشيء مما اقر به المعزول او يجحد كله فان كان الثاني فالقول
قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان بن فلان
من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب اولا بتعليله واما ان يقول دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو
وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير من اقر له القاضي
وحكمه ما تقدم لانه لما بدا بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده لما مر ثم اقر له
انه لفلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان غير من اقر له القاضي ودفعه الي القاضي وهو المذكور في
الكتاب آخرا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له اولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره ويسلم الى المقر له
من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له
واذا اقر بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير
من اقر له القاضي اتلف المال على من اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره
رحمهم الله عن الصدر الشهيد وغيره رحمهم الله وفيه نظر لان الاقرار الاول انما يبطل ما بعده اذا كان وعلى كل واحد
من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدا ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدا بالاقرار للغير لشمول الضمان
او شمول العدم ولم ار احدا ذكر الضمان من المقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول
انه كان ذو اليد محتاجا الى ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار ممن لا يد له لا يصدر ومن الاجنبي على الغير
فاسد فاذا اقر باليد لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره فيبطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا اقر بالملك

لغيره ثم اقر بعد صحة اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه يصح
في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه بالالتزام فيصح باقراره لغيره في وقت صح منه ذلك قال ويجلس للحكم جلوسا
ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وروي عن ابي حنيفة رح انه قال والمسجد الجامع اولى
لانه اشهر وارفق بالناس قال الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف
منها يختار مسجدا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليه وقال الشافعي رح يكره الجلوس
في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي
ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك رح بين ما كان الحاكم في المسجد فيقدم اليه الخصمان وبين الذهاب
الى المسجد لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه عليه السلام قال انما بنيت المساجد لذكر
الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا
يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلوة
قوله ونجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعي رح وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي
عليه السلام كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه شيء والحائض تخبر بحالها فيخرج
القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة
فان قيل يجوز ان يكون الحائض غير مسلمة لا يعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا
مخاطبين بفروع الشرائع فلا باس بدخولها ولو جلس القاضي في داره فلا باس بذلك قال الامام فخر الاسلام
هذا اذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها ياذن للناس في الدخول فيها لان
لكل احد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة اذ في الجلوس
وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه الحاكم لا يقبل الهدية
الا من ذي رحم محرم له او ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوانب الرشوة
اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري رح باسناده الى عروة بن الزبير عن
ابي حميد الساعدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم
قال هذا لكم وهذا اهدي لي فقال عليه السلام هلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له او لا واستعمل
عمر رض ابا هريرة رض فقدم بمال فقال من اين لك هذا فقال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله
هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعل في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من
الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه من جوانب القرابة وهو مندوب
اليه والرد فيه معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء
او لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط فيها كالاجنبي واما القبول ممن
جرت عادته قبل القضاء بمهاداته فلانه لم يزد فلا تلحقه تهمة الاكل بالقضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد
على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة او لا والاول لا يجوز
قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا او مهاديا قبل القضاء او لم يكن والثاني اما ان يكون قريبا او ممن
جرت له العادة بذلك او لا والثاني كذلك لانه اكل بالقضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله اذا لم يزد من له العادة

على الفساد قال الامام فخر الاسلام رحمه الله ان زاد على الفساد عند ما ازداد ما لا يقدر ما زاد في المال الا يأتي بقوله
ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ما ذا يصنع به اختلف المشايخ رحمهم الله فبعضهم قالوا يضع في بيت
المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم
الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمها حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما
اهدى اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي دعوة
الا ان يكون عامة قيل هي ما يكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة
وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها
لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله ولفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية
وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته
ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وانما حدث بعده
وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كانت بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر فخر الاسلام
ابو اليسر رحمه الله اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة
لانه تؤدي الى ايذاء الخصم الآخر او الى التهمة قال ويشهد الجنازة ويعود المريض الحاكم يشهد
الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وروى ابو
ايوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ستة خصال واجبة ان
ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره
واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين
لانه عليه السلام نهى عن ذلك روي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نضيف احد الخصم
الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة قال واذا حضرا سوى بينهما واذا حضر
الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاة والآخر فقيرا او كانا ابا وابنا يسوى بينهما في
المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فيفوت
التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل من السلطان
الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم
ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما كيلا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الآخر وفيه دليل على ان القاضي
يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله عليه السلام
اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة قال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه
لا يكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبيه ولا يلقنه حجة ولا يضحك
في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولانه فيه كسر قلب الآخر فيتجنب عن طلب حقه فيتركه وفيه
اجتراء من فعل به ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم
بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب

المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي
ويمنع من رفع الصوت في المجلس قال ويكره تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي يستفيد به الشاهد علما
بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول بكذا او كذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي
يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس
وقد يحصل الحصر لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء الحقوق بمنزلة الاشخاص
والتكفيل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد
بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرأ الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي
فهذا لا يجوز بالاتفاق وتأخير قول ابي يوسف رحمه الله يشير الى اختيار المصنف رحمه الله والاشخاص هو ارسال الرجل
لاحضار الخصم فصل في الحبس لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام
افرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة لما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة غير انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر
وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه
احدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر وسماه مخيسا ولان القاضي
نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يحبسه على
الاداء ولا خلاف انه لا يجبره بالضرب فيكون بالحبس قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب
حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان يثبت بالاقرار او البينة
فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت
الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لانه من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال
فاذا ابيت اوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وان كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور
المماطلة بانكاره وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه ان المديون اذا ثبت بالبينة كان له
ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الآن لا اتوانى في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل
الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس بحبس في الدرهم وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازيه والمحبوس
في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض
اهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقاما بغيره وفي الخروج
تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزمه القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج
كثير ضرر بالطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض
يزداد الضجر وان لم يكن له خادم اخرج لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو
احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته فيطأها حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضاء
شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع
من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاوروهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال فان امتنع
حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال امتنع الغريم عن ادائه ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأل عن

عنا، ونحو فان ادعى الاعسار وانكر المدعي اختلف المشايخ رحمهم الله في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه
بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا
عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال
في يده ثبت غناه به وقدرته الممكنة محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره
اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن دينا
مطلقا كالنفقة ونحوها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه
على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه فيما سوى ذلك يعني ضمان الغصب واروش الجنايات اذا
قال اني فقير لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا ببينة فيحبسه
وروى الخصاف عن اصحابنا رحمهم الله ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان
الاصل هو العسرة اذ الآدمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر
خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ويروى ان القول قول الاغنيا بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول قول المدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل
الخلع وما اشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فيبقى متمسكا
بالاصل وهو العسرة فذكر ثلاثة اقوال وفي المسئلة قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر
والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والآخر ان يحكم الزي ان كان زي الفقراء كان القول له
وان كان زي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في
الزي مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ
من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج
انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من
العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان يؤيدان القولين الاخيرين اما تاييدهما
للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق
فلو كان الصحيح ما ذكرا ولا كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما للذي كان
القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم ان
الصحيح هو القولان الاخيران والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن المسئلتين بحمله على انه
وتقرير انه اي النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا يسقط بالموت بالاتفاق
فقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بالاداء من له او بالابراء عنه وكذا ضمان الاعتاق عن ابي حنيفة
وجه ورد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال اذ لزمه بعقد لان المراد بالدين
هو المطلق منه اذ يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حبوته وبما تم من حسنه
الا بالايفاء واقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة
فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلثة ثم يسأل جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس
فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لا طائل في الحبس دائما ان كان مخفيه فلا بد من مدة لتفيد هذه الفائدة

بما ذكر ويروى تقدير المدة بشهرين او ثلثة اشهر وهو اختيار الطحاوي لان ادونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة الحلواني
وهو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة من اربعة اشهر الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير
لازم بل هو مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في الحبس في مدة قليلة ومنهم من
لا يضجر كثيرا فيجتهد في تلك المدة التي يضجر الآخر فان وقع في رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان
له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة
الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حال المنازعة اما اذا كان
كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلى سبيله
وليس شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف
المطلوب الطالب على انه لا يعرف انه معدم حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام
هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي
وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برأيه ولكن لو سأل كان احوط فيسأل بعد ذلك ويقبل البينة على اليسار وهو لا يثبت
الا بالملك وقدرة القضاء بها لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر
ملكه في الدار التي يسكن في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة انه نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقداره
فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فالفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على
قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ليكون قدرة الدين معلوما
في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء
فوضح الفرق بينهما قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله فانه لم يظهر للحبوس مال بعد مضي المدة التي رآها
القاضي برأيه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة اشهر على ما تقدم خلى سبيله
لانه استحق النظرة الى الميسرة بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفي
بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم يمض المدة
وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي وقالوا اذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكره لا يخرج
عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان
انه مفلس معدم لا يعلم له مال سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان
يقبل في رواية ولا يقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ رحمهم الله وان كان ذلك قبل الحبس ففي محمد
فيه روايتان في رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل بن حماد بن ابي
حنيفة رحمهم الله وفي اخرى وعليه عامة مشايخ ما وراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي
فلا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت واذا حبس ومضت مدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان العاقل لا يختار
نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي قال القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام
يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس من الملازمة من الطالب ذكر كلام ثم وسنذكره في باب الحجر بسبب
الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا
ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه

اول وبهذا فيحتاج الى تاويل فلهذا ذكر المصنف رحمه الله وبما ولم يقوله ومراده اى ومراد محمد رحمه الله اذا اقر عند غير القاضي
او عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية يصلح ان يكون معتمد شمس الائمة السرخسي رحمه الله فيما نقل عنه
من العكس كما تقدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل قال ويحبس
الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ودفعته الى
الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد
كالحد والقصاص قال الله تعالى ولا تقل لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق
عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعيه هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة
تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها وسائر الديون لم يسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم
يكن عليه دين فان كان نحبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا
لدين مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب
في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاط فلا يكون بالمنع
ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية
بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة

باب كتاب القاضي الى القاضي

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا
ان الحبس يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون
اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتابة
وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روى ان عليا رضي الله عنه
جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اى يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في حقوق يثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها اذا شهد به عند المكتوب اليه
للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم حاضر ولا يمكن
يشيروا الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان ابا لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب
فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا
والسجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب الشهادة
ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ
وافق رأيه او خالفه لانفصال الحكم به واما الثاني فان وافق نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد نبه
الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى
معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عدادها ان شاء الله تعالى قال وجوازه وهو
الموعود بقوله على ما بينه وهو يشير الى ان جوازه ثابت لمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو
تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جوز الكتاب
لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس بل المراد به الاتحاد في مناط الاستحسان
يعني قول القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة

والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته قوله وهو يعرف اى الدين
يعرف بالوصف يشير الى نكتة اخفاها الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة
والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب فان الاموال المذكورة بمنزلة الدين في انها يعرف بالوصف لا يحتاج
الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين محتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة
في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز
فيها في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس لمدعى به انما هو نفس النكاح
والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا يرى ان الاشارة الى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين ذكره
بالغ بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج
الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقالا يجوز في العبد
والجواري واستحسن ابو يوسف رحمه الله في العبد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون الاماء فان العبد يخدم
خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا وعنه
اى عن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل فيهما بشرائط يعرف في موضعه يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح ادب القاضي
وصفة ذلك بخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذ سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى
ان يكتب بشهادة شهوده عنده فيجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت
وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسله
الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما
ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا
من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارا
ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارا وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي
باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك
القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف رحمه الله ان قاضي بخارا لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم
غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث
بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب
في الجواري صفته في العبد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعثها معه على يدي امين لئلا يطأها
قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا
دفع اليه العبد يستخدمه قهرا او يستغلها فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة
تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما
ينقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي رحمهم الله في قول قال ولا يقبل الكتاب
الا بشهادة رجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط
الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه الرجال فيقبل
فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول لا يجوز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة فيما

على كتاب اهل الحرب ولجاب المص بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول
بغير بينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام ان يأبى في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل
بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا يرى انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وبخلاف
رسول القاضي الى المزكي قيل فيه تدبير الى ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه بينة
وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في العقود كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله او اتحاده
في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين
على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان
كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والرسالة في هذا الموضع ليس بقاض
وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه
شرط ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله علمهما بما في الكتاب وحفظ والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكاتب كتابه
عليهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الا
من شهد بالحق وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم
وبهذا قولنا وقال ابو يوسف رح انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم
ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب الى الطالب وهو المدعي
ويدفع اليهم كتابا عندهما وقال ابو يوسف رح آخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا اشهدهم القاضي ان هذا كتابه
وخاتمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل
في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال آخرا لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واختار شمس الائمة
السرخسي قول ابي يوسف رحمه الله تيسيرا على الناس قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم
لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه
فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم
فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان
كان بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف رح يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب
اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يتعلق بما علم من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال
فاذا سلمه الشهود اليه اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان
القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي وخاتمه قبله وفتحه لما مر انه لم يشترط
شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا وقال المص وهو الصحيح
انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم يظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى ان
يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه
فاما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وبهذا تبين انه دون ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا
كانت العدالة شرطا فلم يظهر واما اذا لم يكن شرطا فكما ادوا الشهادة جاز فضه فلا يحتاج الى زيادة شهود

والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم
وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم يظهر عدالة الشهود
على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل الكتاب لا به ولعل الاصح ما قال محمد رح من تجويز الفتح عند شهادة الشهود
بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما فعله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا
كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج من اهلية القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا تولى وهو عدل
ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال ابو يوسف
في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي رح لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل
شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد
اداء الشهادة قبل القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا ان هذا النقل لم يكن في حكم القضاء
بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل كسماع البينة
وما وجب على القاضي لسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه يوجب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء
عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فيبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المص
بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض آخر في غير عمله او في غير عمله وهذا ظاهر فيما
اذا عزل اما في الموت او في الخروج من الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن
ان يقال يعلم ذلك بالاول وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت
او الخروج من الاهلية اولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي رح يعمل به من كان قائما
مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول
وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة في القضاء وكالامناء في الاموال وهناك فلا يعتمد على كل واحد فكذا
هنا الا اذا صرح بالاعتماد على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم صيره غيره تبعا له بخلاف ما اذا كتب ابتداء
من فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند ابي حنيفة رح وقيل
ان محمدا رح معه لانه من معلوم الى المجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف رح في جوازه فانه حين ابتلي
بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان
تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي
في قول يقبل لانه الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي مقبولة
فيهما ولانه مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما فصل آخر قال في النهاية
قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان حجة اتصل به قضاء وجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في
محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محال الاجتهاد
بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي
لكن قوله آخرا ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا
آخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء

قوله والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما اقول يعني قوله لانه تقليد القضاء دون التقليد

الا في الحدود والقصاص فقضاء المراة جايز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد
مر الوجه اي منع اذن الاب القاضي ان حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل
من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وهي اهل الشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء في غيرهما
وقيل اراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيها
وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعذر وبغير
الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا
اذا فوض اليه ذلك بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته
بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير
سمع الخطبة لانها من شرايط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها
جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بان من افسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في حق
الحاكم لم يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وادى
ان الحاق بالثاني ليتقدم شروعه في تلك الصورة اولى فتامل قوله ولا كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة
لانه غير موقت بوقت يفوت بالتاخير عند العذر فمن اذن بالجمعة مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادائها
في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو فرضنا انه استخلف وقضى الثاني بحضرة الاول او قضى
الثاني عند غيبة الاول فاجازه الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم يؤذن له
بالتوكيل فوكل وعقد وكيله بحضرة الاول او اجازه الاول جاز لانه حضره راي الاول وهو الشرط وقيل الاشكال
اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره راي القاضي وقت نفوذه لاعتقاده على علمه وعدالته
الذي حضره القاضي او اجازه قضاء حضره راي القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة فسيجيء في كتاب
الوكالة قيل الاذن في الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه واجيب بالمنع
البقاء اسهل من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره راي القاضي وكان
رضاء الخليفة بتولية القاضي معتبرا به ولو فاذا فوض اليه ذلك اي قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له
ان يولي غيره فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا
يملك الاول عزله الا ان يقول له استبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى
غير ما فوض اليه واذا قال الخليفة ول من شئت واقتصر على ذلك كان امرا له بالتولية لا بالعزل خلافه واذا
اذن في ذلك واستبدل من شئت كان امرا له بهما فكان له ذلك فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا له
بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة فيل
الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء
واجيب بان اوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه
الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل
والايصاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل بالا
يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء اكثر **قال** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه

اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا نفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية
عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة اي المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا
للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد
ذكرناها في التقرير على ما ينبغي او الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه
قيل كما اذا ادعى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عن عليه لتاخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك
بعض الشيوخ بان يكون وهو تعليل للاستثناء فكانه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب
انه يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير
ذلك امضاه وفيه فايدتان احديهما انه قيد بالفقهاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد
فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة والثانية انه قيد بغير
ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرايه او مخالفا فانه
اذا نفذه وهو مخالف لرايه ففيما يوافقه اولى ورواية القدوري ساكتة عن الفايدتين جميعا والاصل فيه ان
القاضي اذا رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده
غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول في ان كلا منهما يحتمل الخطا وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا
ينقض بما دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على راي المجتهد
فكيف يصلح الفرع مرجحا للاصل ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا للاصل من حيث هو منه او مطلقا
والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون مرجحا للاصل من حيث يقابل الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلا فرع اذ الشيء المساوي
للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه فيهما مع شيء اخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر رضي
انه لما شغله اشغال المسلمين استخلف زيد بن ثابت فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر احد الخصمين فقال
ان زيدا قضى علي يا امير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا امير المؤمنين
ان عمر فاقض لي فقال عمر لو كان هناك نص اخر لقضيت لك ولكن هنا كرايي والراي مشترك ولو قضى
القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان وجه
النفاذ وهو دليل النسيان ايضا بطريق الاولى انه ليس بخطا بيقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم فيه
نافذ كسائر المجتهدات ووجه عدمه انه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده فيعمل بزعمه وقال المص رح وعليه الفتوى **قال** ثم المجتهد
فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا لما ذكر ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم
المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع
الى اخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى حاكم ثالث نقضه لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز تقريره
بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني فنفذه كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل
الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالفة الاجماع باطل
لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تاويله كقوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح اباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امراة الاب وجاريته ووطيها ان دخل الاب

فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة ههنا كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجمع
عليه الجمهور اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا
حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكما على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المصنف
هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لا يسوغ اجتهاده وذلك كقول ابن عباس رضي الله عنه في جواز ربا الفضل
فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد
على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط
حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين
فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة رح ولعله اختيار المصنف وكذا
يحمل على قول من يرى ان خلاف الاول غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء قال
والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف
الذي كان بين الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم
الحنفي او المالكي برايه بما يخالف راي من تقدم عليه من الصدر الاول ودفع ذلك الى حاكم لم ير ذلك
كان له ان ينقضه قال وكل شيء قضى به القاضي بتحريم كما قضى القاضي بتحريم في الظاهر اي فيما
بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى القاضي باحلال لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب
معين كنكاح او بيع او طلاق او عتاق لا في الاملاك المرسلة وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود
والفسوخ بشهادة الزور وذلك صورتها اذا ادعى على امراة نكاحا وهي تنكر فاقام عليها شاهدي زور
وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمراة التمكين منه على قول ابي يوسف رحمهما الله الاول
خلافا لمحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وهو قول ابي يوسف رح الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها
اذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال اعتقني بهذه الجارية
او من جهة البائع مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء
كان القضاء بالنكاح قصدا والانشاء بحضور من يصلح شاهدا بمهر فيه وبالبيع بثمن مثل قيمة الجارية
او باقل مما يتغابن فيه الناس او لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدا واما الانشاء
ههنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون
والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا
كان القضاء بمحضر من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي نصب ناظرا
فما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد
المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما اذا ادعت
على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد
انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد
الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع
باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك واما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند ابي يوسف رح آخرا وان كانت الفرقة

لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابي يوسف رح الآخر
يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد رح يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة
الحال او لم يعلم قال ولا يقضي القاضي على غائب القضاء على الغائب ولا عنده لا يجوز الا اذا حضر من
يقوم مقامه وقال الشافعي رح اذا غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح
لان في الاستناد تضييعا للحقوق دونه فيه واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة وهي البينة ولا
وجه لتعطيل الحق فيجب على القاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر
يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة
ولهذا اذا كان الخصم حاضرا او اقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قال قد
علم بالشهادة بدون الانكار فاذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على الصلاح
اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه دين ودفعا للظلم ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي
سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار ولكنه موجود فظاهر فيما
نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حال العاقل ان المدعي
صادق فظاهر الوجود ما يصونه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار المعتاد وديانة ايضا وان قال لو
انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كان شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا
يستلزم وجود المشروط وسيأتي جواب آخر وان قال توقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة
لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر
بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم الدعوى ويدعي الاداء او يثبته
او يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن
البطلان من اجل الفوائد ولانه يحتمل الاقرار الى آخر دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز ان
يتنازع ان ويشتبه في وجه القضاء واعمل الثاني ومعناه ان الشأن يحتمل الاقرار والانكار اوجب القضاء
يحتمل من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان
على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع
ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم
ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها بينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا من
جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية
على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة على المدعي فانه لا يفصل
بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني
ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب
اجبنا عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر
لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم
على الغائب اولا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عليه السلام لعلي حين بعثه

الى اليمين لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي
وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاقها النفقة على ابي سفيان
الاترى انها لم تقم البينة قوله ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار و
اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان البينة انما تصير
حجة بالقضاء وهو الجواب المعهود بقوله لما سيأتي وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول الشرط الاصرار على
الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا
للاثبات قال ومن يقوم مقامه لما ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه
بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب اما ان يكون بفعل فاعل ويكون حكما شرعيا والاول
اما ان يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني
اما ان يكون ما يدعي به على الغائب سببا لا محالة لما يدعي به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لا محالة
فلا فرق فيه بين ان يكون المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة
ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب
وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب الملك لا محالة او شيئين مختلفين
كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فاقام المشهود
له بينة ان فلانا الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل في الشهادة والمدعى شيئان المال على الحاضر والعتق
على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق
بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شيء واحد في
الاول او كشيء واحد في الثاني في عدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج
الى اعادة البينة ولها نظائر في الكتب المبسوطة والمص لم يتعرض الا للسببية واما ان يكون شيئا
واحدا او مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت يثبت بلوازمه وقيد
السبب بقولنا لا محالة احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا
قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه قد كان طلقني ثلاثا واقامت
على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا انكر الطلاق
يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو
قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب
بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون
وجه فقلنا يقتضي قصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المص ساكت عن هذا القيد قلت
اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان امرا يدعى به على الغائب شرطا لحق
المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأة الحالف عليه ان فلانا طلق
امرأته واقامت على ذلك بينة قال المص هو لا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ نعم
لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة

الاوزجندي انهما قالا ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على
السبب يتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقفه
على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود والاوضح الصحيح المسخر من جهة القاضي وهو من نصبه وكيلا
عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم
مقامه ذكر في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكان اختياره قال ويقرض القاضي اموال اليتامى
للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكرة الحق وهو الاقراض لان في الاقراض من الايتام مصلحتهم
لبقائها محفوظة فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم يكن مضمونة
بالهلاك فلم يكن مصونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي
يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض
فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على
الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج
وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي رحمهم الله وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال
والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر والقضاء بهاية يقرض ممن يأمن جحوده وان اخذ الاب
قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك باب التحكيم
بما بانه من فروع القضاء وتأخيره من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم
ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها واما الصحابة
رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية
على انفسهما فصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى
بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على
قول ابي يوسف رح لكنها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى من
حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء فانه
لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز
لانها من اهل الشهادة فيه قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية
الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكم اهل الذمة
جاز لانه من اهل الشهادة فيما بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل
الذمة يصح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كا
لفاسق والفاسق والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول
ادب القاضي ان الفاسق اهل لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل
ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما لاتفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده موقوفا على شيئين
لا يمكن الا بوجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم بعدم احدهما وعلى هذا سقط ما قيل ينبغي ان لا
يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان قيل اخراج احدهما نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر

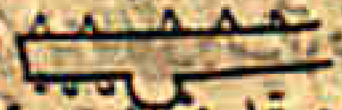
بعد الحكم ولا ينقض حكمه لانه لا يرجع لو احد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان
فانه لازم ثم اذا رفع حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه بحكم الامر بذلك فلا فائدة في نقضه ثم
ابرامه على ذلك الوجه وفائدة امضائه انه لو رفع الى الحاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضاء
الاول لم يعتبر لحكمه نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم
فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز نقضه فاخرا لان
ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الواجبة حقا لله تعالى باتفاق
الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه قال شمس
الائمة من اصحابنا رحمهم الله من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل
ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف
ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المص ره واسند الى قوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا
لا يملكان الاباحة فيه وفيل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقال في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة
في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات وهذا كما ترى اشمل من تعليل
المص ره قوله وقالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز
التحكيم في سائر المجتهدات كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر من اصحابنا وهو
صحيح لكن المشايخ رحمهم الله امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الائمة الحلواني ره مسئلة حكم المحكم تعلم ولا
يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز لكن الامام الاستاد ابا علي النسفي ره كان يقول نكتم هذا الفصل
ولا نفتي به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكما في دم خطا لا ينفذ الا يجوز
لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية عليهم اذ لا تحكيم
من جهتهم وحكم الحاكم ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه
يخالف رايه ويخالف النص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سيأتي في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى
قال الا فاثبت استثناء من قوله رده القاضي اي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا اثبت القتل باقراره
لان العاقلة لا يعقله وانما اورد الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بان كانت
دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز
لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خطاء
فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطا لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني
خالف حكم الشرع وان قضى بها على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قال ويجوز ان يسمع البينة ويقضي
اي للحكم اذا ساغ عليها بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق
للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود
مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك
فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لانه
الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك ان كانا على تحكيمهما بخلاف ما اذا اخبر كالقاضي المولى اذا قال لقضاء

لا انشاء

لا انشاء قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه
لكذا امضيتها وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل
قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية
الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف
ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكما رجلين جاز ولا بد من
اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الراي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برايهما وراي الواحد ليس كراي
المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كسائر
الرعايا فلا يقبل شهادتهما على فعل باشراه

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى اي متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكرها آخر كتاب ادب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين ان
يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجموا بمسائل شتى او منثورة
او متفرقة قيل على هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء
بالمواريث والرجوع وانه جدير بالتاخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد وتدا
ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو وقيل لصاحب العلو اذ بنى على علوه ولا ان يصنع عليه حينئذ لم يكن
ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل عند ابي حنيفة ره وقالا يجوز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به
وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة ره يعني ان ابا حنيفة ره انما منع عما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم
يمنع كما هو على قولهما فكان بجواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر قضاء مجمعا عليه لان التصرف
حصل في ملكه فيكون المنع بعد [illegible] لصاحبه وقيل ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل عندهما الاطلاق
تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمتنع عنه الا بمعارض الضرر فاذا لم يكن منه لم يمنع بالاتفاق وانما
يظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق بيقين واليقين لا يزول بالشك والاصل
عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من هدمه
اتفاقا والتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما يمنع حق المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون
والمستاجر والاطلاق بما لا يضر وبه الرضى به دون عدم الضرر فما لم يعلم فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا
قال [illegible] علة الاطلاق عن نوع ضرر بالعلو من نقض بناء او نقضه فيمنع عنه استظهارا على المنع لما
ذكرنا قبل ذلك قال واذا كانت زائغة مستطيلة اي سكة طويلة غير نافذة يتشعب عنها زائغة مثلها
مثلها على هذه الصورة



ليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى
لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة حتى لو بيعت
دار فيها لم يكن لاحد ان يفتح بابا غيرهم فكذا هذا الا يرى انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس
لاهل السكة العظمى ان يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة لان المرور فيها
حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع لجداره فله ان يرفع جميع جداره
بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح بابا او كوة للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع
من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي

الحق في الدعوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمتنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ان
اليد في الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث رحمهما الله الا اذا جعلت الصيغة
موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذ فيجوز ان يكون حالا من الرافعين جميعا
لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارأيتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم
وختم على قلوبكم من اله غير الله يأتيكم به اى بذلك على احد الوجهين وان كانت الزائغة القصوى مستديرة قد
لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم
ان يفتح بابه في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا
يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار بهذه الصورة  قوله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها
الذي في يده دار في يد رجل ادعى عليه آخر ان له فيه حقا وانكرها صاحب اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسئلة
الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى
معلومية المعقود عليه شرط صحة الدعوى الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه اجاب بان الكلام
وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لان جهالة في الساقط وبجهالته فيه لا تفضي الى المنازعة
والمانع منها ما افضى اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعى اما ان يكون مانعة صحة الدعوى اولا فان كان
الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنهم لم يصح ذكره في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وان
كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم
عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك
يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء
ويمكن ان الفساد باعلام مقدار مما يدعى فلا يكون رده مفيدا قال ومن ادعى دارا في يد رجل
ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه انها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسلم
دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لي بينة يشهد على الشراء لاني طلبت منه فجحدني الهبة فاستقر ذلك
شراها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت
الذي يدعى فيه الهبة لا يقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة
حيث قال جحدني في الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها وكانت الشهادة
مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان يثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على
وقت الهبة لانه ح يكون قائلا وهبني حين الذي كانت ملكا لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك
بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق
ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله اى قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة
وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة
او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم
اقام البينة على الشراء منه لم يقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى
الشراء قبلها رجوع منه فعد مناقضا واما اذا ادعى الشراء بعد الهبة فلا لانه تقرر ملكا للواهب

عند ما فليس بمناقض وقيل ينبغي ان لا يقبل في هذه الصورة ايضا اذا ادعى شراءه باطلا لانه اذا ادعى شراءه ملكه
بالهبة فقد فهمنا من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فان قدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ
فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما والشراء الا بملكه فكان نتجا قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه
الجارية رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكره ان اجمع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه
على العزم بالقلب ان لا يخاصمه معه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من
جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فتلازما فجاز
ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ
من الجانبين وقيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز للامرأة جحد زوجها النكاح
وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بانه
الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالعزودة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم
مقام غيره اذا احتمل بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ
فان العقد لا ينفسخ بمجرده نزل المصنف في الجواب فقال ومجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن
العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لانه لو كذلك
لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها
لان البائع متى يأس عن المشتري بقيت على ملكه ما لم يبيعها او يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود
دلالة قال ولانه دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر
فات رضا البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه على ما تم والفرق بين
الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على
ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني مرتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال ومن
اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن بيع له عنده
او غير ذلك ثم قال انها زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا لا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب وقع
به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء
ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
به كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل
القبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد وحملا للحال على الحق قبضه كالتلبيس له ذلك ولو اقر بقبض حقه
ثم ادعى بانه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة
وقوله حملا للحال على الحق قبضه مسلم والزيوف الحق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض بانه
حقه واذا لم يكن القبض لا مختصا بالجياد فلا اقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فيدعواه الزيوف
لم يكن متناقضا بل منكرا قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم
لما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض
زيوفا او نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن

جياد والاستيفاء يدل على التمام وكان تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف مناقضا ومن هذا ظهر الفرق
بين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وانكر فان القول قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه لان
المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله
فكان من القبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين
المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم
الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا ولكن يصدق
موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت ما لي عليه او حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد
فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح كما لو قال لفلان علي الف الا مائة فاما اذا قال
قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد
استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان
الاستثناء باطلا وان كان موصولا كذا ههنا قال وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار
بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان مناقضا
في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار
ما يدل على انه اذا ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا
سمع والستوقة اقرب من الدراهم الى الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى وكان
الاعتراضين وقعا للذهول عن تتمة كلام المص ره فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدليل قوله ثم ادعى
فان ثم للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل
موصولا اولا لم يصرح بذكره اتفاقا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا
وذكر احد الجانبين فهم الجانب الآخر وفي الكلام فيما اذا اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل
مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار
تناقض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن
المشايخ وقد اختاره المص ره فانه ما عطف على شيء من الفسخ وتقييد باستثناء الجياد وقد لا ينتهض
لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكانه لم يستثن بهرجة الزيوف ما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة
ما يرده التجار وهو اردى من الزيوف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب سه تو وهي اردى
من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال الذي اقر له
انه لا يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يستقل المقر على الف درهم فقال ليس لي
عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لانه دعوى فلا بد لها من حجة اي بينة او تصديق
الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر لا يصدقه
بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر له يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ
كما لا ينفرد بالعقد يعني المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى ان حقهما بقي في العقد
فعل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد قلت ان عنى المقر

على ترك

على ترك الخصومة وجب ان لا يصح التصديق بعد الانكار وكان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها
كما تقدم ووجه اندفاعه ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والفعل كان دليل
الفسخ فقد تم ولهذا وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولو
لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذكر انه
قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد
بالفسخ وان كان الثاني كما اذا اقر بنسب عبد من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت
نسبه عند ابي حنيفة ره لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر
على ذلك قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي
على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على الابراء
قبلت بينته وقال زفر ره وهو قول ابن ابي ليلى ره انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان
مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ
منه دفعا للخصومة والشغب الا ترى انه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت
ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام
المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يتحقق تناقض اصلا وانما
دلت المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف ره لمسئلة الكتاب بقبول
دعوى القصاص والرق فقال الا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فانه يثبت عليه فاقام المدعى عليه بينة على الابراء
او العفو او الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فانكرت واقام البينة على رقبتها ثم اقامت بينة
على انه اعتقها او كاتبها على الف وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما
رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم يقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء
لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا مخالطة ولا معرفة
وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه
بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال
بنفسه لا يقبل بينته وقيل يقبل البينة على الابراء في هذا الفصل بالاتفاق لان الابراء يتحقق بلا معرفة
قال ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته هذه ومن ادعى على آخر انه باعه جارية هذه فقال المدعى
عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع
الزائدة واراد ردها على البائع فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم يقبل بينته ذكره في الجامع الصغير
ولم يحك خلافا والخصاف قد نقله عن ابي يوسف ره واشار اليه المص ره بقوله وعن ابي يوسف ره انها تقبل اعتبارا بما
ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكر اصله ثم اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق
فكذلك يجوز ههنا ان يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي البيع سألته ان يبرئني عن العيب فابرأ في وجه الظاهر
ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة
بدون الموصوف غير متصورة وهو قد انكره فكان مناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا

على المقر **قال** ذكر حق كتب في اسفله اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق
فهو ولي ما فيه وارادة بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله او كتب في كتاب
شراء فما ادرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال لازم لان الاستثناء
والاستثناء ينصرف الى ما يليه لان ذكر الحق للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فافترض
للاستيثاق مطلقا لم يكن له هنا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه
مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا
لم يكتب في آخره ان شاء الله والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد
اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم
العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه
ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بينهما لتصير بمنزلة الاتصال في الكلام
اذا ترك فرجة فقيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قال الامام ظهير الدين لا يتعلق به وتضييعه كفاصل السكوت وفائدة كتبه
قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضاء من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة
لان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضاء الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا بمجهول لا ينفي بضرورة لانه
في الاسقاط فان للمقر له ان يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه للحجة من زيادة القدرة بتفاوت الناس في
الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول
ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول الاعين مذهب
ابي حنيفة رحمه الله فان الرضاء بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت بوجوده كعدمه

فصل في القضاء بالمواريث

قال قد قدم لنا الكلام فيما يوجب تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع
واذا ماتت النصرانية فجاءت امرأته مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر
في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال
كحياة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره
وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث
والحادث يضاف الى اقرب الاوقات كذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت
في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحون اذا اختلف فيه
المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحون
وان كان منقطعا كان القول للمستاجر **قال** وهذا يعني تحكيم الحال والحال ظاهر نعتبره للدفع
استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو اعني زفر رحمه الله يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر
لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان
يجاب بان ذلك ايضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل

بالاستصحاب كما سنظهره ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته
وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق
الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل اما الورثة فهم الدافعون اشارة الى
معنى آخر وهو ان في كل مسئلة اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت
ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيما ان يبقى هو من
النوع الاول والنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني
فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون
دافعا فكان القول قولهم واما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى
النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه
لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيد ما
ظاهر ويشهد لهم دليل آخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات فان قيل
ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان زفر في المسئلة الاولى مناقضا للاستصحاب ويحتاج الى
مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض
اجمالي وهو ان ما ذكرتم من ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضي بالاجر على
المستاجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه
استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر واما ثبوت الاجرة
فالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن به في النهاية من التطويل **قال**
ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة رجل مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فاقر
المودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم بان يدفعه الى المقر له لانه اقر ان ما في يده حق الوارث
وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف
ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع
لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع
لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث
متاخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال
موهوم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن او لا قيل يضمن وقيل لا يضمن
وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في دفعه كالمنع من المودع وفي المنع منه يضمن فكذا
من وكيله وان سلمها حل له ان يستردها قيل لا يملك ذلك لانه يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف
المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار على نفسه
لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن الميت والمكذب
الاول قال ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن
المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم

يكذبه احد صح اقراره وجزاؤه للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره
يجب عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة
الى القاضي بعدما اقر لغيره من اقرار القاضي وقد تقدم في ادب القاضي واما اذا كان الدفع بقضاء كان ذلك الاقرار
الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار **قال** واذا قسم الميراث بين الغرماء اذا حضر رجل وادعى دارا
في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد اولا فان كان الثاني فاقام على ذلك
بينة فهو على ثلاثة اوجه احدها انهم قالوا تركها ميراثا للورثة ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا يقبل الشهادة
ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم ما شهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد
منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي
الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وتأن بالاتفاق والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان مالكه هذه الدار ولم يشهدوا
على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى
الطحاوي هو مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان
ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان
ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله
وهو الربع والثمن عند ابي يوسف رحمه الله وقول ابي حنيفة رحمه الله مضطرب فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه
هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال ابو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل اراد به ابن ابي ليلى
وقالا ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة لهما ان القاضي ناظر
للغيب ولا نظر بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذه كما اذا دفع القاضي
العبد الآبق واللقطة الى رجل يثبت عنده انه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امرأة الغائب
اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة ويأخذ
منها كفيلا ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر يقينا او ظاهرا ان كان له وارث
آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا
عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لحق موهوم كمن اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع
فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان من الجائز وجود مشتر آخر قبله وغريم آخر
في حق العبد مثبتها فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل **قال** ولان المكفول له
مجهول على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له
مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا اقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم
وذلك كفالة لمجهول اجيب بانه اذا اقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت الاقرار في حجة كاملة فكان مظنة ان لا
تكون الكفالة دائل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له وهكذا لا يخلو فيه خلاف فان ثبت فلا
اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة توثق المطالبة كما مر والمطالبة
من الميت غير متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رواه وفي ذلك تأخير حق
ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التأخير لاجله جائز واجيب بان التلوم ليس

لحق الموهوم بل انما هو لاجل فعله القاضي بنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث
يقوم مقام قول الشهود لا نعلم له وارثا غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة
على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس فيه طلب
شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة **بخلاف النفقة** جواب عما استشهدا به من المسائل اما مسألة النفقة
فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذ الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم
ايضا فصحت الكفالة واما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان قال في رواية لا احب ان يأخذ منه
كفيلا وقال في رواية احب ان يأخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول
ابي حنيفة رحمه الله فلا يصح القياس عليه وقال العتابي رحمه الله ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار كلها
عن علامة فيه يكفل بالاجماع كما لو اقر لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع **قوله** اي قول ابي حنيفة
ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكره تعبيدا لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن
مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب وتقرير ان مذهب اصحابنا المتقدمين رحمهم الله ان مذهب اهل السنة
في ان كل مجتهد مصيب وادعاهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير
بعون الله تعالى وتوفيقه **قال** واذا كانت الدار في يد رجل وادعى بيد رجل اقام آخر البينة ان
اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا
يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا اي ترك النصف الآخر في يده من غير رجوع عند ابي حنيفة رحمه الله واما عدم الاستيثاق
بالكفيل فههنا بالاجماع وقالا ان كان الذي في يده الدار جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يد امين
ولا يترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغيبة في يده والمراد بين قضوا ان يترك المال بيده ولابي
حنيفة رحمه الله ان القضاء وقع للميت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيه القضاء
بيد كونه مختارا له وهو ثابت فيما يختاره فلا ينقض بيد من هو غير مختار وانما قال واحتمال ذلك كونه
لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما اذا
كان من يده معا فانه انما يترك الثاني بيده لذلك وقد وجهه بجواب عما ذكر الخ ووجهه ان الخيانة
بالجحود انما ان يكون باعتبار ما مضى وما سيأتي والاول يعتد بمدة قبل قضاء القاضي وكذا لا ذمة والثاني في محل
العدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر ان لا يجحد في المستقبل
لعلمه بعدم النافع لاحتمال موت القاضي والشهود ونسيانهم الحادثة واحراق الخرائط امور محتملة فكان الجحود
محتملا لان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسألة بحالها فقد قيل ينزع منه
النصف الآخر بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ
فالنزع ابلغ فيه انما انه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل واما
ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد فربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه واذا
نزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها
ولهذا يملك المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير واما خصهم بالذكر
لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا مروي عن بعض المشايخ من قال المنقول ايضا على الخلاف

وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان معتمدا عليه ولو اخذ منه لم يكن
معتمدا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد
من يده ربما تعرض لخيانة اولزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطلبه من ثقات
في الخريطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقاد منسقط الفرق قال وانما لا يؤخذ الكفيل
راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده المال قد رفع
نفسه باعطائه والقاضي نظا لبرء منشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل
هب ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه
قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة ولم يشرع لقطع الخصومة ودفعها
لما فرضناه وانما ينبني كان منشأ لم هذا خلف باطل واذا حضر الغائب اختلف المشايخ في وجوب
اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال يجب ذلك على قياس قول ابي حنيفة رح في القصاص اذا اقام الحاضر البينة
على انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج فيه الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف
قال الامام فخر الاسلام وهو احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا دينا
ان كان الكل بيده كما سيجيء دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرناه
من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للآخر ان يخاصم ولهذا
قلنا اذا ادعى رجل على احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى احدهم
دينا للميت على رجل واقام عليه البينة يثبت في حق الكل على احدهم فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان
كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله لكن
الاستيفاء فيه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره ولقائل ان يقول فليكن عاملا
لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى
نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك فصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين
للميت وعليه كما ذكرنا فيه بيان ان قوله وما حضر من الورثة يصلح خليفة عنه وتقرير ما تقدم الا انه استثناء من
قوله لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله وعليه يعني انه لو ادعى احد على الورثة دينا على الميت يكون خصما
عن جميع الدين اذا كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع الصغير وان كان غائبا في يده لانه لا يكون خصما بدون
اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة استحسانا
رجل قال ان فعلت كذا فمالي في المساكين صدقة يجب ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكوة كالنقدين والسوائم واموال
التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس مال الزكوة دون القليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق
بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما
يجب فيه الزكوة وان لم يجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق
واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا انه
يقع على كل شيء كما قال زفر رح لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر
بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به فلا بد من اعتباره الى الشرع وايجاب الشرع في الاموال

الصدقات

الصدقات مضافا الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجد في الشرع من جنسه شيء وهو
معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات اولانه في معنى الصلوة لانه لانتظار اوقات
الصلوة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة
كالوراثة من حيث انها تثبت الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية التي هي اخت الميراث
قال وتدخل الارض العشرية عند ابي يوسف رح لان الظاهر فيها جهة الصدقة ولهذا يصرف الى الفقراء وجه ما ذكره في الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية
لان المعتبر منظنة الحاجة الى الفقراء وهو ايجاد الاصلية فيختص النذر بمال الزكوة اما الوصية فانها تقع في حال
الاستغناء عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية يدخل في النذر عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة
اذ جهة الصدقة فيها راجحة في العشر فشابهت الارض العشرية اموال التجارة ولانها من جنس الاموال التي يجب
فيها الصدقة ولا يدخل عند محمد رح وذكر الامام التمرتاشي رح قول ابي حنيفة مع محمد رحمهما الله لانها اي الارض
العشرية والتذكير لتذكير الخبر سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبيد الخدمة واما الارض
الخراجية فلا يدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما املكه صدقة في
المساكين فقد قيل يتناول الكل قال ذكوتيا او غيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله ذكره في الايضاح
لان ما املك اعم من المال لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة والمال
لا يطلق على الجنس بمال واذا لم يتعين ينصرف الى غير اموال الزكوة ايضا اظهارا للزيادة عموما فان قيل الصدقة
في الاموال غير مقيدة في الشرع باموال الزكوة لزيادة التعميم خرج عن الاعتبار الواجب الزمانية اجاب بانه
المقيد ايجاب الشرع وهو يختص بلفظة المال فلا يختص بلفظة الملك فيبقى على العموم وقيل لا فرق لانه لا يكون
ايجاب العبد والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سواء فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار
الامام شمس الائمة السرخسي لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة
الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطل ذلك
الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو يختص بلفظ المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة
من فاضل ماله وقد قررناه من قبل ثم ان لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته
لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل
الناس من يومه ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم يبين محمد رح في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف
احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف يمسك قوت يوم لان يده يصل الى ما ينفق يوما فيوما
وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الانسان لشهر لان يده يصل الى ما
ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان يصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة
يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله
ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث قال ومن اوصى اليه ولم يعلم
ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء بالمواريث ما ذكرناه آنفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع
شيئا من التركة فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف رح انه
اعتبر الاول بالثاني لان وصف الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة

فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لانيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا يتوقف على العلم بالتصرف كما اذا تصرف الوارث
بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه يصح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة يتوقف على
العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا
قال الرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علم اجيب بانه
على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمنا لان الكلام في الوكالة تثبت قصدا وهذا كما اذا
قال لنا بيعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احديهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته
ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سواء
كان بالغا مسلما عدلا او على اضداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر اي
اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا
يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء لانه من جنس
المعاملات وعندهما يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة والاذن العبد في التجارة ولابي حنيفة رح وكلا
هو والاول سواء لانه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي
جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى خبر كالخبر بالتوكيل
وغيره فاليسة معنا وبالنظر الى ما فيه من نوع الالزام كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة
وهو العدد والعدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا
فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل
للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله قال وعلى هذا
الخلاف يعني الذي ذكر بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله في اشتراط احد شطري الشهادة فيما فيه الزام المسائل
المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلث منها ذكرها محمد رح في المبسوط واثنان ذكرهما في الزيادات
والسادسة قاسها المشايخ عليها والمص رح ترك منها مسئلة اما الاولى فهي التي ذكرنا من عزل الوكيل
والثانية على ترتيب المبسوط العبد الماذون اذا اخبره واحد بالحجر من قبل المولى نفسه وهو عدل او اثنان ثبت
الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه يثبت عند هما خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول
حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المص رح هيهنا والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان
او واحد عدل فتصرف فيه بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك وان
كذبه فعلى الاختلاف فعندهما لا يكون اختيارا خلافا لهما والرابعة المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او واحد
بما عليه من الفرائض لزمته وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف ومشى الائمة السرخسي
جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيتها الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت
سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والخامسة اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكت فان اخبرها
اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف **قال** واذا باع القاضي او امينه
عبدا للغرماء فاذا باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق

العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام
لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم
ولهذا يباع بطلبهم ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد
صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء
وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري
على الوصي لانه عاقد نيابة فان كان وصي الميت فظاهر وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه
نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حيوته وفي ذلك كان يرجع
المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع
الغريم فيه بدينه اي ياخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال فيه اختلاف قالوا يجوز ان
يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع
له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد
عاملا له

فصل

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق
بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول او لا **قال** واذا قال القاضي
قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية
وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله ما لم يكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله
يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي
ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوا فيه للحاجة اليه ووجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه فلان
المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن يمكن من الانشاء عما اخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه متمكن من
ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول يحتاج الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولي الامر
وطاعة اولي الامر واجبة ومن تصديقه طاعة فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير
استفسار وقالوا بانه اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا يأتي الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور رح
فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ لعلمه والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق
وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطأ فان احسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه
الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه
احصن صار مرجوما لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب
جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب
الحكم لتهمة الخطأ والخيانة في الفسق **قال** واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان
القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى وهو
الى حال ولاية فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية
او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال
لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال الماخوذ

بيت المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلماً فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان
الظاهر شاهداً له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين
على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الرجل عن القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القاطع
او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضاً لانه فعل في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما اذا كان دفع
المال الى الآخذ معايناً في القضاء فانه لا يضمن الآخذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان امره بالقطع معايناً في حال القضاء
وان قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضاً للقاضي في الصحيح لان
القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر و
المنكر ضمناً كاسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان جنونه
معلوماً بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال
هو الصحيح احترازاً عما قال بعض الائمة السرخسي وهو ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا
وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما
في الاولى فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً لان الاصل ان يكون قضاؤه
حقاً ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكر من ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما
اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب
الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند
الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه
بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على
القاضي ايضاً لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال
باقياً في يد الآخذ واقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدق المأخوذ منه المال انه فعل في قضائه او
ادعى انه فعل في غير قضائه لان الآخذ اقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول
المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

كتاب الشهادات

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند
انكار الخصم ومحاسن الشهادة لا تخفى لانها مأمور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنها وهي
في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ
عن المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس
يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة يخرج الاخبار
الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في
المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب ادائها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق
المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهداً وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي
والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلماً وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك
لاحتمال الكذب لكن بشرط العدالة لترجح جانب الصدق وورود النصوص بالاستشهاد جعلت حجة قال

الشهادة فرض يلزم الشهود واداء الشهادة فرض يلزم الشهود حيث لا يسعهم كتمانها اكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم
سعة الكتمان للدلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعي تحقيقاً لسبب الاداء على ما مر واستدل بقوله تعالى ولا يأب الشهداء
اذا ما دعوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند
الدعوة وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة
والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهياً
عنه كان اللاكتمان ثابتاً وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتاً وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء
واجباً قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون امراً بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان له ضد واحد كالنهي عن
الكتمان كما في الارحام فانه امر بضده وهو الصحيح من المذهب لما عرف في اصول الفقه وانما يشترط طلب المدعي
لانه حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ونوقض بما اذا علم ان عنده الشهادة ولم يعلم بها المدعي ولم يعلم بها المدعي
ويعلم الشاهد انه لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة بلا طلب منه والجواب ان الحق للمطلوب ولا نقول ان
الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد تقدم ان طلب
المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المص ههنا بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط
وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فان الطلب سبب ووجوده شرط
فلا مخالفة فان قلت انما يجعل شرطاً وقوله تعالى ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة بما قلت نعم لانه
خطاب وضع يدل على جنسية غيره كقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس قال والشهادة في الحدود
يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر فلا يفعل لانه بين ان يشهد حسبة
لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر افضل نقلاً وعقلاً اما الاول فقوله عليه السلام
للذي شهد عنده وهو هزال لو سترته بثوبك او ردائك لكان خيراً لك وقوله عليه السلام
من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله
عنهم فان فيه دلالة ظاهرة على افضلية الستر قيل الاحاديث معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ الاطلاق
وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الآية محمولة على المداينة لان سياقها فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ
لا لخصوص السبب والحق ان يقال العدد المشترك فيما نقل عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم في الستر و
بلغ حد الشهرة في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد في ماعز وحكايته مشهورة فجاز الزيادة به وفيه
نظر لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما
يحرم لخوف فوت حق المحتاج الى الاحوال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق فيبقى صيانة عرض اخيه
المسلم ولا شك في فضل ذلك قال الا انه يجب ان يشهد استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان
الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة بالحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء الحق المسروق منه فيقول
اخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان وواحد منهما حق الله تعالى
والآخر حق العبد والستر الكلي بابطالهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق
الله تعالى الغني عن العالمين على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة قال
والشهادة على مراتب الشهادة على مراتب ونبهها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا فيعتبر فيها اربعة

من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا
بأربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة واما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها واما
اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة
ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يعني ابا بكر
وعمر رضي الله عنهما من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما من قوله
عليه السلام اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر رضي الله عنهما ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال
في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى من رجالكم [illegible] ثم انما
قال شبهة البدلية لان حقيقتها ان لا يكون فيها اعتبار العمل بالبدل مع امكان الاصل كالاية الثانية وليس شهادتهن
كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية لا يقبل فيما يندرئ بالشبهات
ومنها الشهادة ببقية الحدود كحد الشرب وحد السرقة وحد القذف والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد
والذكورة والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على حاله قال ولا يقبل فيها شهادة النساء
يجوز ان يكون جوابا عما يقال الاية مطلقة بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست شهادتهن
فيها معمولا بها ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم [illegible] لما ذكرنا من حديث
الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما سلك الحديث من الاية ههنا التخصيص ام النسخ قلت
سلك منها مسلك اية شهادة الزنا من رجالكم وهو اما التخصيص ان ثبتت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت
السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقي الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز
الزيادة به قال وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان او غير مال كالنكاح
والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال ونحو ذلك يعني العتاق تقبل فيها شهادة
رجلين او رجل وامرأتين بالكونا وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها
كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان
العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول لا تقبل
في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها استثناء من ذلك الاصل في الاموال ضرورة
حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق
والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها
القبول لوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم
الى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في
الاخبار ولقائل ان يقول ما ذكرتم مما يبتنى عليها اهلية الشهادة اما ان يكون من لوازمها او شرطها لا سبيل الى الاول
لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة توجبها لا فرادى ولا ثانيا
لعدم توقفها عليها كذلك لا اجتماعا ولا فرادى على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة
هيئة شرعية يحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والاداء فليست [illegible]

لها فان تمامية عقله لاهلية قبولها لما ذكرنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا
وفقد احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء اذا ادى بغير لفظ الشهادة لم يقبل شهادته واذا
كان فقدها استلزم وجودها وجود سببها وهو القبول وعلى هذا تقرر في كلام المصنف نوع تسامح اي اهلية
الشهادة قال ونقصان الضبط جواب عن قول الشافعي رحمه الله واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان
ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات ويقبل
فيما ثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع
الهزل واما الوكالة والايصاء والاموال فلانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وفي ذلك
افادة ثبوتها مع الشبهة وكذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل
ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك
ان النفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان
في مبدأ فطرتهم والثانية ان يحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات تهيئا لاكتساب الفكريات ويسمى
العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان يحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار
الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس
فيما هو مناط التكليف منها وهو العقل بالملكة نوع نقصان لمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات
باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف
الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله عليه السلام ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن
للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فتامل قال وعدم قبول الاربع
جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك لكنه ترك ذلك كيلا يكثر خروج
النساء قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب اختص بقبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب
بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل فيها [illegible] المراد الموصوف على الصفة لا عكس كما قيل في
النهاية والاصل فيه قبول شهادة رجل واحد لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس فيتناول
الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع بناء على ان كل امرأتين تقوم
مقام رجل واحد في الشهادات قال ولانه انما سقطت الذكورة [illegible] بالاتفاق
ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر ايضا واليه اشار بقوله المثنى والثلث احوط
لما فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة
لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلث احوط من نظر الواحد والجواب ان الخفة النظر
توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا
ثم حكمها اي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال
واذا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة يثبت الولادة بشهادة امرأة
واحدة وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق

وان كان الزوج مقرا بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح يعني يثبت الولادة بقول المرأة وعندهما يشترط
شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها اذا كانت مهيرة او مبيعة لابد من نظر النساء اليها للحاجة الى الفصل
بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما ان تتايد شهادتهن بمؤيد اولا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان
الثاني لابد ان ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة في جلسة العنين سنة ويفرق
بعدها لان شهادتهن تايدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يثبت على البايع حكمه
ويقضى البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن
حجة ضعيفة لم يتايد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي
بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد
بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن في حق سماع الدعوى والتحليف
فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لابد من اثبات قيامه في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول
للبايع لتمسكه بالاصل فان قلن انها ثيب ثبت العيب في الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البايع على انه لم يكن بها
ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند ابي حنيفة رح غير
مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة
لكنها في حق الصلاة مقبولة لانه من امور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتها على هلال رمضان وعندهما
في حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس
الولادة واجاب بان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة
هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء قال ولابد في ذلك كله من العدالة
لابد في الكل وهو مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهو كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته
دينا والاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر ولفظ الشهادة حتى لو قال مكان اشهد
اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون
من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار
الصدق والعدالة هي المعينة للصدق في هذه الحجية وما سواها معدات لان من يتعاطى غير الكذب من محظور
دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس ذا
مروة اي انسانية والحرمة وتشديد الواو فيها لحن تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب
لمروته والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروة كان او لا اصح لان قبولها اكرام للفاسق
ونحن امرنا بخلاف ذلك قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروة له لكن
القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما لفظ الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر
فيها بهذا اللفظ قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا وقال عليه السلام اذا
علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان في لفظ الشهادة زيادة توكيد لدلالتها على المشاهدة ولان قوله
اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير
في الافتتاح فان المقصود التعظيم وهو لا يختص بلفظ فيجوز تبديله بما هو اصرح فيه وقوله في ذلك يريد به ما وقع في المختصر

قوله ولابد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى تشترط العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو
الصحيح لانه شهادة لما تقدم انه في معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز
عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا اقام المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم او لا
فان كان الثاني قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن الشهود حتى يطعن الخصم
لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر رض ولان الظاهر
هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت
استحقاق المدعي به باقامة البينة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف
بالظاهر لاحتيج الى التزكية ونقول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لا ان الظاهر ان قول المزكي صدق
فالكلام فيه كالاول وهلم جرا ويدور او يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق
وبيان ذلك ان دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة
اندفع معارضة الذمة فكان دافعا وقوله الا في الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسال حتى يطعن
الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فتشترط الاستقصاء فيها ولان
الشبهة فيها دارئة فيسال عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول يسال عنهم بالاتفاق لان ظاهر
حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل
حطام الدنيا فيحتاج القاضي رح الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لابد ان يسال عنهم في السر والعلانية
في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلابد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون
القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا
حنيفة رح اجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو
شاهد ابو حنيفة رح لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال ثم التزكية
في السر اعلم ان التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي
يكتبها القاضي ويبعثها بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها النسب والحلى
بكسر الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لونه وغيره والمصلى اي مسجد المحلة حتى يعرف المعدل
وينبغي ان يبعث الى كل من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل
من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا لئلا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن
عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن
هتك ستره او يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فح يصرح بذلك ومن لم
يعرفه بعدالة او فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر
فيخدع او يقصد بالخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير
الى الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية
في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى من الجرح لعدم مقابلتهم الجارح
ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى يروى عن محمد رح انه قال تزكية

العلانية بلا وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل ان يقول هو عدل جايز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وقال المصنف وهذا اصح لانه في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته قال ابو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على من يقول بالسؤال اذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا ويقبل اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان ممن يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا او سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعليل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه وكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان المصنف قال في موضع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا وشهدوا فليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب ان الاقرار فيه بالنسبة على ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطأ والنسيان فانى يكون اقرارا **قال** واذا كان رسول القاضي واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان ذكر في شروح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القاضي تبتني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد ونحوه كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انتظام انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار عن النبي بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعدى الى التزكية فانه قيل فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليثبت شرطا فيها فالجواب ان الحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا **قال** ولا يشترط اهلية الشهادة في تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فيصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما تزكية العلانية فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قال الخصاف رحمه الله وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية هنا في عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الآخر واليه اشار بعطفه على ما قاله الخصاف رحمه الله قال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر انما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية **فصل** لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع

في بيان انواع ما يتحمل الشاهد وهو على نوعين احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم او رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء يخالف النصين جميعا فانهما يدلان على انه شرط لا على ركنيته اذ الاحوال الشروط واذا موضوعة للشرط والجواب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه **قال** ويقول اشهد انه باع اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها ولا يحتاج الى الشهادة يقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤيته يخفى المقر لا يجوز ان يشهد ولو فسر للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبله لان النغمة وهو الكلام الخفي يشبه النغمة والشبهة لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عند اثنان بانها فلانة بنت فلان فانه جاز له ان يشهد وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لزمه الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة **قال** والنوع الثاني ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد ينبغي لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده على شهادته لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب محمد رحمه الله فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فانهما يقولان بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام انما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح ببيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فلم يكن بد من النقل ولم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا ان النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل محتاج الى البيان فلو سكتنا فيه ان نقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك وما تحمل فيها لا يشهد من اثباته وعلى هذا اذا سمع ان يشهد الشاهد على شهادة لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله وانما يحمل غيره **قال** ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والشبهة لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا ملت روايته لاشتراط في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود وشهدوا عنده فاثبتت في قطعة او خريطة وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظ الحاكم اذا قضيت اي وجد حكمه مكتوبا في خريطة كذلك كان ابو حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه اذا كان في قمطرة تحت ختمه فالظاهر انه لم يصل اليه يد مغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن

وان فاته لا يحل له ذلك بالاتفاق ويحل الاكل عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما **قال** ولا يجوز للشاهد ان يشهد
بشيء لم يعاينه قد تقدم ان العلم شرط لاداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح و
الدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا
يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي
المشاهدة فكانه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة يكون بسبب
من اسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالتسامع بل لا بد من المشاهدة وجه
الاستحسان ان هذه الامور الخمسة لو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور
يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم وقد يتعلق بها احكام يبقى على انقضاء القرون
كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان
والنسب في الدخول فلو لم يقبل فيها بالتسامع ادى الى ذلك الحرج فيتعطل وانما يجوز للشاهد يعني لانه
اذا لا علم فيما نحن فيه فانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب
وينبغي ان العدد فيمن يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وهذا على قول ابي
حنيفة رحمه الله فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر واذا ثبت الشهرة عندهما بخبر
عدلين فيشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا الا انه لا يوجب زيادة علم شهادة ولا يوجبها لفظ الخبر
وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا اجماعا بين الموت والاشياء الثلثة اي النكاح والولادة
وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة
فانها تكون بين الجماعة في الغالب وكذلك تقليد الامام القضاء واما الموت فانه قل ما يشاهده غير الواحد اذ الانسان
يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة
بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلان بن فلان كما تشهد ان ابا بكر
رضي الله عنهما ابن ابي قحافة والخطاب ولم يشاهد شيئا من ذلك وقيل اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع
لم يقبل كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة واذا فسر بانه انما يشهد لانه رآه في يده لا يقبل كذلك
هذا ولو رأى انسانا يجلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد
الامام اياه واذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الآخر انبساط الازواج جاز له ان
يشهد بانها امرأته فان سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا لا يقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالتسامع
كما نشهد بان امهات المؤمنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم على الرواية الاولى وقيل يقبل شهادته لانه لما قال لم يعاين
العقد تبين للقاضي انه شهد بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا يقبل فكذا هذا ومن شهد انه شهد دفن
فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قالا
شهدنا فلانا مات اخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الصحيح واما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع
فقد ذكر الخصاف رحمه الله انه يجوز لانه امر يتعلق به احكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله ثم في
الاستثناء في الكتاب بيانه ان الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكره في الكتاب او لا ففي ظاهر الرواية محصورة
وعن ابي يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة على النسب بالتسامع

جائزة

جائزة كما مر فكذا على الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبرا مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهم وان لم ندرك ذلك وعن
محمد رحمه الله انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف ان الولاء يبتنى على ازالة الملك
ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس
الائمة السرخسي رحمه الله الشهادة على العتق بالتسامع لا يقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشايخ الى انها لا يحل فيه
التسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم يقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله دون شرائطه
لان اصله هو الذي اشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد او المقبرة او ما اشبه ذلك حتى لو
لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا يقبل كذا في الذخيرة **قال** ومن كان في يده شيء اي اذا رأى عينا في يد آخر ثم
رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد انه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع
الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع او غيره من الاسباب لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع و
البائع لا يعلم الا باليد واقصى ما يستدل به كاف في الدلالة للدليل انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانه
اذا لم يحكم باليد انسد بابها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة
العلم بالنص وقد اعوز ذلك فيصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان يكون هذا او ما ذكر من شهادة القلب تفسير الاطلاق
محمد رحمه الله في الرواية وهو قوله وسعك ان تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في قلبه فقيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها
القاضي اذا فسر له الشاهد بالاستناد العلم بمعاينة اليد وليس كذلك واجيب انا جعلنا العيان مجوزا لاداء
يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يلزم وهذا كما قلنا ان الرجل اذا كان في يده دار
يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ذو اليد ان يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار
ان يكون في الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب وقالوا ثم هي دليل الملك اليد مع التصرف
قال بعض مشايخنا وهو الخصاف رحمه الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها
والجواب ان التصرف كذلك ومع تمحل الى ما يزيل الاحتمال فينبغي العلم ثم هذه المسألة على وجوه اربعة
بالقسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك
فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له حل
له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها
كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده وينسب الى فلان بن فلان
الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لانه شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له
وجهالة المشهود به يمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة
والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم الا ترى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اشتراط
تعرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك يبطل حقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع
وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى
النسب وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فلا يحل له لجهالة المشهود به
واما العبد والامة فيوجد الى قوله سوى العبد والامة وتقريره ان الرجل اذا رأى عينا في يد شخص فلا يخلو اما
ان يعرف رقهما او لا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني

فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني وهو ممن يعبر عن نفسه فالقول قوله بالغا كان او لا فاذا كان كذلك صرف الاستثناء يعني قوله سوى العبد والامة قال وفي ذلك لا تدل على الملك لانها في ايدي انفسهما وذلك يمنع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويمنع به المقر له ما يمنع بملكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان بتعبيرهما عن انفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر يد مزيلة على رقهما واجيب بان الكلام فيما اذا لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما بالدليل في الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة رحمه الله انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلا اليد دليلا على الملك في الكل الا يرى ان من رأى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول للذي اليد لان الظاهر شاهد له فيما يدعي كما في الثياب والجواب والفرق بينهما وهو قوله لان لهما يدا على انفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله اعلم بالصواب

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لان محال الشهادة والمحال شروط متقدمة على المشروط واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال عليه السلام لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجة يترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهي قد يكون لمعنى في الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر عن غيره من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما بالكذب وقد يكون لمعنى في الشهود له من قرابة بينهما تهم المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد يكون لخلل في ادائه التمييز كالعمى المفضي الى تهمة الغلط فيها وقد يكون بما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون

قال ولا تقبل شهادة الاعمى شهادة الاعمى اما ان يكون في الحدود والقصاص اولا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت اولا وان كان الاول قبلت عند زفر رحمه الله وهو رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة رحمه الله وان كان الثاني فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله وان انتفى احدهما لم تقبل بالاتفاق والمعتبر عند ابي يوسف رحمه الله الابصار وقت التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما انه لم تقبل في الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى يقام مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر رحمه الله فهو ان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب انه لا يقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا يقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمحدود وسيأتي جواب آخر واما وجه قول ابي يوسف وان من تحمل العلم بالمعاينة حصل عند التحمل من حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لانعدام والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في القول لا لان الخبر ادون فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبه والجواب لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انا لا نسلم ان القول يستبد لتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه اي في النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان في المرهقين البصراء كثرة وهم غنية عن شهادة الاعمى المراد بالتمييز بالاشارة المذكورة منقوض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فهذا

يقبل ولا اشارة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى فلم يكن التحول الى الاشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه وغيبته والى الجواب عما يقال ما ذكرتم من النغمة مميزة للاعمى فيما هو اعظم خطرا من الاموال وهو وطء زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك فيما نحن فيه وتقرير ذلك ان الاحتراز عنها بجنس الشهود غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا تتم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة للتعريف للغائب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف واما وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لمنع القضاء بالعمى الطارئ بعد الاداء فهو ان قيام اهلية الشهادة وقت القضاء شرط لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته والاصل الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من الاداء القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فتمنع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند ابي يوسف هو لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء قوله بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل الشهود القضاء لا يمتنع القضاء ولا اهلية منه ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت

قال ولا المملوك لا يقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية ولا ولاية له على نفسه ولا ولاية لمملوك فاولى ان لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه الاستدلال ان الله نص على الابد وهو لا نهاية له والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما ولان معنى في رد شهادة المحدود في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمة اعتبارا له بالاصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ووجه ذلك ان رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فصلت كالمحدود في غير القذف وانما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في غير القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذا الحكم الثابت بالتوقف قال تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا الا النهي عن القبول وقال الشافعي يقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبي وهذا اخباري فان قلت فاجعل بمعنى الطلب كما في قوله وبالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمنا ولكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلام الواحد وهو خلاف الاصل سلمنا ولكنه كان اذ ذاك جزءا فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر سلمنا ولكن ابدا يصادم ذلك من غير مخالفة وليس بمعهود سلمنا ولكن جعل ما ذكر ليس باولى من جعل الاستثناء منقطعا اولى دفعا للمعاوضات وتمام الحقوق على هذا المذهب يقتضي ما لا علم تقريرنا في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة قوله وان حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على اهل الذمة لان للكافر شهادة على جنسه فيردها تكملة لحده في القذف كان له بعد كما على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان

شهادة من نفسه حتى وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف
ثم اعتق لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان بعد العتق فجعل رده من تمام حده وطولب بالفرق بين
مسلم نفي في دار الحرب الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قايما في حقه الى حصول
اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قايما الى حصول قوة الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب
للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه واعترض على
كلام المصنف بانه لا فايدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق يرد الشهادة ايضا للاتصال
بالحد وقت قبول الشهادة فلا يجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال الاسلام لم تقبل شهادته
ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا فالجواب ان فايدة تطبيق المسئلتين
في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف في المخرج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق
كما انها لا تقبل قبله فلا خفا فيه قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه
واجداده والفقه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج
لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره قيل ما فايدة قوله لسيده فان العبد لا
شهادة له في حق احد اجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد
مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم يقبل في حق سيده
ولان المنافع بين الاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب ان يكون الشهادة
لنفسه من وجه او ان يتمكن فيه شبهة قال المصنف المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي
يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل التلميذ الخاص هو الذي ياكل معه وفي عياله وليس
له اجرة معلومة وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت من القنوع لا من السؤال
يطلب معاشه منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستوجب الاجر اذا كان
كذلك يستوجب الاجر بمنافعه فاذا ادا الشهادة من جملتها فيصير كالمستاجر عليها وهو استحسان وتركه
وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لاجنبي من كل وجه اذ ليس له فيما شهد به ملك ولا حق ولا
شبهة الاشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جازت شهادة الاستاذ له وموضع الزكوة فيه لكن الاجماع منعقد
على قول واحد من المستاجرة بتركه القياس واما شهادة الاجير المشترك فتقبل لان منافعه غير مملوكة له
ولهذا له ان يوجر نفسه من غيره في مدة الاجارة قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر
ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة
اي يد كل واحد منهما مختصة بنفسها فيه متصرفة في ملكها لا في ملك الاخر ولهذا يقتص من احدهما للاخر
ويحبس بدينه وكل من كان كذلك يقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين واولاد العم وغيرهم لان غاية
قبول شهادة احدهما للاخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس
بتصدق بالحصول في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمديونه بالدين وهو مفلس فانها
تقبل وان كان ينتفع لحصول حقه ولنا ما رويناه من حديث عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام قال لا يجوز
شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولان الانتفاع متصل وهذا

ولهذا

وطئ جارية امراته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد وهو اي الانتفاع هو المقصود من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه او
يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي ووجهه
ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الزوج فانه لكونه قواما عليها هو الذي يتمكن
في المال عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه ياخذه لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوج
قال ولا شهادة المولى لعبده لا تقبل شهادة المولى لعبده لما رويناه ولانه شهادة لنفسه من وجه
او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما ان يكون على العبد دين اولا فان كان الاول ففيه من وجه لان الحال موقوفة
بين ان يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثاني ففيه
من كل وجه لان العبد وما يملك لمولاه ولا يقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون الحال موقوفا مراعى لانه
ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه ولا شهادة الشريك لشريكه
فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية
اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قيل هذا اذا كان شريكي عنان اما اذا كانا
متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما
فكان شهادة لنفسه من وجه قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة
الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الاملاك ومنافعها ولا تقبل شهادة مخنث وهو
في العرف من عرف بالردي من الافعال اي التمكين من اللواط فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول
الشهادة ولا نايحة ولا مغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي عليه السلام عن الصوتين
الاحمقين النايحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنايحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك
مكسبا والتغني للهو معصية في الاديان قال في الزيادات انا ادعى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر
منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المراة فانه يعني رفع الصوت منها حرام فضلا
عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل ولا مدمن الشرب على اللهو
لانه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر ونقيع
الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كانت
كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة
ثم هو مصر على نوع لعب ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه لتطيير طيره وذلك فسق فاما اذا كان
يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرج من البيت فانها تاتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته
وهو يبيعه ولا يميز فهو حرام عينه نفسه فيكون اكلا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو
مستغنى عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع الة لهو او لا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية
لانها كانت على الاطلاق وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناوه في نفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة
المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف وقال بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة واستدل بما
روي عن انس بن مالك رضي الله عنه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم
ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الا

المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك قال ولا من يأتي بابًا من الكبائر من أتى بشيء
من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق سقطت عدالته وهذا بناء على أن الكبيرة اسم لما فيه حد أو قتل وقال أهل الحجاز
وأهل الحديث رحمهم الله هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله
والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم
ما كان حرامًا لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لأنه كبيرة وكذا
لعب بالنرد أو الشطرنج إذا انضم إليه أو تمكنه القمار أو تفويت الصلوة بالاشتغال به أو اكثار الايمان الكاذبة
لأن هذه الأشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لأن الغالب فيه الأوليان ولم يفرق بين النرد والشطرنج
في شرط أحد الأمرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطًا للعدالة بمجرده لقوله عليه السلام ملعون من
لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلًا ويجوز أن يكون ذلك مراده بقوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع
من قبول الشهادة إشارة إلى ذلك قوله لأن للاجتهاد فيه مساغًا قيل لأن مالكًا والشافعي رحمهما الله يقول
بحل اللعب بالشطرنج وشرط في الأصل أن يكون أكل الربا مشهورًا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود
الفاسدة وكل ذلك ربوا فلو ردت شهادته إذا ابتلي به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالبًا وهذا بخلاف أكل
مال اليتيم فإنه يسقط العدالة وإن لم يشتهر به لعدم عموم البلوى ولا من يفعل الأفعال المستحقرة وفي نسخة
المحقرة وفي أخرى المستقبحة وفي أخرى والمستخفة وفي أخرى والمستخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة
بلفظ اسم الفاعل من السخيف وهو النسبة إلى السخف وهو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل
ونسج صاحب المغرب بين الأجزاء كالبول والأكل على الطريق لأن فيه ترك المروءة فإذا كان لا يستحيي عن
مثل ذلك فالظاهر أنه لا يمتنع عن الكذب فكان منهما ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون
رضي الله عنهم منهم أبو حنيفة رضي الله عنه لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل وروى
هشام عن أبي يوسف رحمهما الله أنه قال لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة
من تبرأ منهم وفرقوا بأن إظهار سبه لا يأتي به إلا السفلة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك
التبري لأنه يعتقد دينًا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية منهم والهوى
ميلان النفس إلى ما يستلذ به من الشهوات وإنما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض
فإن أصول الأهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثنتي عشرة فرقة
وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادتهم لأنه أغلظ وجوه الفسق إذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي
ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينًا فصار
كحنفي يشرب المثلث أو شافعي أكل متروك التسمية عامدًا معتقدًا إباحته فإنه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية
قيل هم غلاة من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة فقتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لأنه
كان يزعم أن عليًا الإله الأكبر وجعفر الصادق الإله الأصغر وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيئًا
على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم فردت شهادتهم لأنهم كانوا يرون أن كلا
كما قيل أولًا ولتمكن الشبهة في شهادتهم إن كانوا كما قيل ثانيًا وثالثًا قال وتقبل شهادة أهل الذمة
بعضهم على بعض شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وإن اختلفت مللهم كاليهود مع النصارى

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله إن اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فإن شهادتهم
تقبل على أهل الملل كلها والجواب أنه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون
الموالاة فإنه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء والعطف قرينة يراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي رحمهما الله
لا تقبل لأنه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى إن
جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد على جنسه وخلاف جنسه ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم
أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده
الصغار وكل من هو كذلك فهو من أهل الشهادة على جنسه كالمسلمين فإن قيل المسلمون لهم الشهادة على جنسهم وخلاف جنسهم
دون الذمي فبطل القياس فالجواب أن القياس في الذمي كذلك لكن ترك في خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله
للكافرين على المؤمنين سبيلًا واعترض بأن الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب
أنه ليس بمرضي في الشهادة علينا أو مطلقًا والأول مسلم وليس بمقول والثاني ممنوع إذ ليس المتنازع فيه شهادة
بعضهم على بعض قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قولهما لأنه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي
محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والأول مسلم لكن فسق الكفر ليس من ذلك فإن الكافر يجتنب محرم
دينه واعترض بأن الاجتناب عن محظور الدين يصير دليلًا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب الشهادة إذا لم
يكونوا قد ارتكبوا الكذب بإنكار الآيات مع علم بحقيتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلمًا وعلوًا
وأجيب بأن المراد به الأحبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون على كتمان نعته ونبوته ولا شهادة لهم فقد
ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالكذب عندهم تدين ويطبعون على كون الكذب على أحد محظورًا إذ هو محظور الأديان
كلها وقوله بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فإنه لا ولاية له على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل
وقوله بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وتقريره لو استلزمت الولاية
أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجه أن ولايته بالإضافة إلى المسلم معدومة
وهي كالذمي صيغ لوجود الملزوم وقد ترك لنا جواب آخر عن هذا السؤال ولأنه يتقول عليه جواب آخر وتقريره
سلمنا أن علة قبول شهادته وهي الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم إياه فإنه يحمله
على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فإنها وإن اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الإسلام فلا يحملهم الغيظ
على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المصنف رحمه الله أراد
بالحربي المستأمن لأنه قال ذلك لأن شهادة الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصور لأنها في مجلس القضاء
ومن شرط القضاء الحضرة في دار الإسلام لا يتناوله إلا بجواز أن يدخل حربي دار الإسلام بلا استئمان فيحضر مجلس
القضاء لأنه مأخوذ قهرًا فيصير عبدًا ولا شهادة للعبد لأحد ولا عليه وإنما لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي
لأنه لا ولاية له على الذمي لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب واختلاف الدارين حكمًا يقطع الولاية
وقد ذكرنا في شرح مسألتنا في الفرائض وعلى هذا قيل وهو أعلى حالًا لأنه أقرب إلى الإسلام من المستأمن ولهذا
يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهارًا على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز ذلك في
جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لأنه لكونه أعلى حالًا أقرب إلى الإسلام
فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه نظر لأن اختلاف الدارين حكمًا علة مستقلة

في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفين ودخلوا دارنا مستأمنين فضم ذلك الى المعلقية
في بعض الشروح وفي بعضها تحكم والاول هو الظاهر فان قلت لم لا يجوز ان يكون علة لقبول الشهادة الذمي
على المستأمن لا جزء العلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتأمل وسنذكر وجه
عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال وتقبل
شهادة المستأمنين بعضهم على بعض المستأمنون في دارنا لا يخلو اما ان يكونوا من دار واحدة او لا فان كان
الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع
الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت
شهادة الذمي على المستأمن لوجوده ثمة قلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا وهو كذلك قطع الولاية
لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كذلك لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستأمن فعمل
شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستأمن لانه ليس من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة ان كانا من دارين مختلفين
قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا في حكمهم بخلاف المستأمنين قال وان كانت الحسنات
اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر
والاصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب الحوال في التحامي عن الصغائر فان اتيانا بما هو مأذون في الشرع اغلب
من الالمام بالصغاير جازت شهادته ولا ينقدح عدالته بالمام الصغائر فلا يفضي الى تضييع حقوق الناس
فيسد باب الشهادة وهو المفتوح لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختتن لان الختان سنة عند علمائنا
وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين فانه لا يبقى عدلا بل مسلما وابو حنيفة لم يقدر وقتا
معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر
وبعضهم اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع او بعد
السابع كذا شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع
ظلما فصار كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يدل على كفرهما وكفرهما غير مانع
لشهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كذلك والكاف زائدة
كما في قوله تعالى ليس كمثله شيء فيهم قلنا الكلام في العدل وحب ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مواخذ بما لم
يحدث به نفسه سلمنا ولكن لا نسلم ان العدل يحب ذلك او يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امرأة وشهادة
الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان
يكون امرأة قال وشهادة العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع
الصغير اذا كان يعني ابا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج
والزكاة والنوائب لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل يقدح
في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم قوله وقيل العامل اذا
كان وجيها في الناس ذا مروءة ولا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف اذا كان عونا الا على الظلم فانه
اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تشبيهه بما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على

الكذب

الكذب حفظا للمروة والمهابة لا يستأجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم
ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان
كسبهم اطيب الاكساب قال عليه السلام افضل الناس عند الله من يأكل كسب يده فانى توجب جرحا قال
واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان اذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان او شهد الوصي له
بذلك او شهد غريمان لهما على الميت دين او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصى الى ثالث معهما
فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا او لم يكن فان كان الثاني لم يجز في
القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكر وان كان الاول جاز استحسانا
وفي القياس لا يجوز لانها شهادة متهم يعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه او فراغ ذمته
والشهادة لنفسه وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها ما يوجب على القاضي ما لا يتمكن منه
بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس
عن الضياع لكن عليه ان يتأمل في صلاحية من نصبه والمهنة وهؤلاء بشهادتهم اكفوه مؤنة التعيين
لم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل
ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجاب بان الوصيين اذا اعترفا بعجز
كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف بعد استقلالهما به كما تقدم
بخلاف ما اذا انكر او لم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين
له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرفا الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باقرارهما
وان شهدا ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل ذلك او ادعاه لان
القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبتت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قال ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخلو اما ان يكون بما يدخل تحت حكم الحاكم او لا
والثاني هو المجرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني وذلك ان تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي
على الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المجرد مثل ان قالوا هم فسقة او زناة او اكلة الربا فالقاضي
لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم فالاول هو الثاني
ولك ان تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المجرد مثل ان قالوا
هم فسقة او زناة لتمكن المقضي عليه من دفعه بالتوبة ورفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني
قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المجرد هتك الستر وهو اظهار للفاحشة وهو حرام بالنص وكان الشاهد به
فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في القذف
فيسمع منهم الجرح المجرد واجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقول لا اعلم من حاله الا خيرا ويعلم القاضي ذلك
سرا اذا سأله القاضي فعادي بأن الشهادة واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا
يحكم بذلك وان كان عدم السماع يغني لجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا قوله الا اذا اشهدوا استثناء من
قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهدوا شهود المدعى عليه على المدعي انه اقر ان شهودي فسقة فانها تقبل
لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهر الفاحشة وانما حكوا عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهاره ليس كمظهرها

وكذا اذا شهدوا بان المدعي استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستيجار اليه ليس بخرج لحق ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم ويثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على انى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا على بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال الماضي بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله وبهذا يتبين ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلت كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا سهل والمعنى اذا اقام المدعى عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلانه يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وموضعه اصول الفقه واما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما تقدم فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك اعتباران احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علامته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه **قال** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطأت بنسيان ما يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي او اتيت بما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل حال من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من احد الخصمين اولا فان كان غير عدل ردت شهادته مطلقا اي سواء قال في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القاضي او في غيره وتدارك ترك لفظ الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف درهم ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشايخ لان الشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما نفى او زاد عندنا حين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعده قال المصنف ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل فاما اذا قال بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماعه بحطام الدنيا والنقصان من

المدعى عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الحاق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكر وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود وقد ذكر الشرقي مكان الغربي او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فانه تدارك قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالة الشاهد ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا من تقييده بما هو فيه شبهة التغرير بالمجلس

باب الاختلاف في الشهادات

تاخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فاخر وضعا للتناسب **قال** الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها الشهادة هو ان يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلثين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه وشهد بانشقاقه عنده او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك ولده او ادعى انه عبد ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا ترى ان المدعي يقول ادعي على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها واما ان تقدمها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ولا نعني بالخصومة الا الدعوى واما وجود شرط الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثاني ان عند المخالفة فهم من كلام المدعي والشاهد الترجيح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعي فالجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة الزام الحاكم سماعها عند تحقق وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعي لعدم دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل **قال** ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة يعني الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على بعض الآخر بالتضمن فقد نفاه ابو حنيفة رحمه الله وجوزاه فان شهد احدهما بالالف والآخر بالالفين لم تقبل عنده وقالا يقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان و

والثلث ظلما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكلما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيجئ ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدال عليها اللفظ وان شئت بالتنبيه فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شئ منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة فصل ذكره في المبسوط اذا ادعى الفين وشهدا بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة رح عن ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم تقبل وللقائل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة وشهد شاهداه بالف فالقاضي يقول لجعل انه ابرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة وما نقلته عن المبسوط منافاة ويخرج الشافعي فاالحق في الجواب لابي حنيفة رح ان يحمل ما نقل عن المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء والا يفاء ولا يلزم ابو حنيفة رح بما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا بما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلث لان الاكثرة ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يتهديه ولا يثبت به شئ

قال واذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول اذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليه لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطفت احدهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف او بمائة وبمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعى يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وهو الالف لم يقبل لان الالف خمسمائة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيب المدعى المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد فلا يثبت شئ فان قيل لم يكذبه الا في البعض فلما لا يقضي له على الباقي كما قضى بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان علم المقر ليس بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار قوله وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن لي الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضى له بشئ لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا يقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذلك التوفيق فيما يحتمله لابد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم بما ذكرنا ان الاصح احترز به عن قول المشايخ واذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن انا ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتكذيب او يوفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر

قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة اذا ادعى الفا وشهد بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه فلم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء مناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعى عليه المدعى عليه الف بل خمسمائة لا غير اجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذي هو غير عينه فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به اولا وهو الدين فلم يعد مناقضا وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة لان القبض بطريق التمكين اوجب الضمان بطلت مطالبته رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفي ذلك يقضى بالاقل كما قلنا في الالف والالفين الا ان محمدا رح خالفه هنا لان ذلك فيما يكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهنا ليس كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب من شهد بقضاء خمسمائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضى بشهادته وجوابه سيأتي قوله وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسئلة الجامع وبين ما ذكرت قبلها ان في مسئلة الجامع شهدا بالقرض على ان الشاهد شهد بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق له قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض لانه اكذبه فيما شهد عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا له على شخص آخر قبل ان يشهد له فاكذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي بشهوده تفسيق لكونه اختياريا واما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه

قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة وقبل ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احداهما كاذبة بيقين اذ الغرض الواحد اعني القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالتي بعدها

قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان متشابهان كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة رح وهو الاصح وقيل ان كان متشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا به والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اختلاف صفة الادمي وصار كالذكورة والانوثة في المغايرة ولابي حنيفة رح ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي يكون من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان متشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون بلقاء احد جانبيها اسود يبصره احدهما والآخر ابيض فيشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال للاثبات والحد هو القطع والاحتيال للدرء لا للاثبات والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر لم يصح فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يندرئ بها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا للاثبات

انه لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع
اولا وانما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب الدابة واشباه ذلك فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا
لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه الا ترى انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين
انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك
لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس
اعتبار امكان التوفيق او يقال التصحيح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا
والله اعلم قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على
قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما بانهما لا يجتمعان في واحد وكذا
الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا تشتبه ليحتاج الى التوفيق قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف رجل ادعى على آخر انه باع هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف والآخر
بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف لان المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثبات العقد وهو يختلف
باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غير الشراء بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل
لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى
السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك
لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل
فيه التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن اولا الفا ثم زاد في الثمن وعرف به احدهما دون الآخر اجيب بان
السيد الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال يقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهدا بجنسين كالف درهم ومائة
دينار ووجهه ما في الكتاب ان الشراء بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف والخمسمائة ملصقين بالشراء
واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن وقوله
ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف
وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان مدعيها العبد
فللاتفاق في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات
العقد وفيه نظر لفظا ومعنى فاما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى
هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المولى اذا ادعى
الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل
الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق و
لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة
لا تفيد لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار الفسخ ويخاصم لاداء البدلين وكذا الخلع والاعتاق على
مال والصلح عن دم العمد اما اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل فلانه لا خفاء في كون العقد مقصودا
والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من جانب
الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف او قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد

يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه
المذكورة من انه يقبل على الالف اذا ادعى الالف وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الاقل لا يقبل عنده خلافا لهما واذا ادعى
اقل المالين يعتبر الوجوه الثلثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف
صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان
يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم يكن وان كان المدعي هو المرتهن كان بمنزلة
الدين يقضي باقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن لا ينعقد بالف وخمسمائة فيجب ان لا تقبل البينة وان كان المدعي
هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى
شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فيقبل البينة كما في سائر
الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان يكون الدعوى في اول المدة او بعد
مضيها فان كان الاول لم يقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل
وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الآجر او المستأجر فان كان الآجر فهو بمنزلة دعوى الدين يقضي باقل المالين
اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى على آخر الفا وخمسمائة وشهد
احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة
كما تقدم خلافا لهما وان كان المستأجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بالاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا
حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالآجر لا يأخذ
من جهته سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في
معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه قال فاما النكاح
فانه يجوز بالف استحسانا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت بالف
عند ابي حنيفة وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول
ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وجه قولهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف
في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية ويملك
التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالام والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل
فكان ثابتا قوله والاصل فيه الحل والازدواج دليل آخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك
لان شرعيته لذلك ولان الآدمي من الصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف
فيما بينهما فيثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضى بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض
بان فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في
الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه انه يبطل المال المذكور
في الدعوى فيلزم منه الشك والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا
كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال
ثم هو ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما يعني او دعوى المرأة وهذا يستوي فيه في الصحيح احتراز
عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة

في الكتاب ان المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يكون
فيه ما هو شرط في العقود اعني الدين وقال لم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية واما اذا كان المدعي
هو الزوج فالاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون
الاختلاف فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني اذا كانت المرأة تدعي واذا كان الزوج يدعي
وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد او المال او المرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف
في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد ام لا قال ابو حنيفة رح لا يوجب ذلك وقالا يوجبه
وقد ذكر المصنف رح دليلهما والى اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب تحقق
الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج الى الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد
عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له او لا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا بد منه خلافا
لابي يوسف رح هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه
واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث يتجدد
في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على
المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحابا للحال الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك
المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان في يده من الودائع والغصوب
فاذا لم يبين انها وديعة فالظاهر من حاله انه ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد يكون اليد
يد امانة ولا ضمان فيها لينقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان مات ولم يبين انها
وديعة فلانة لانه ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فان اقام بينة على دار انها كانت لابيه
اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له لما قدمنا اما عند
ابي يوسف رح فلانه لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجد
لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا
من انقلاب الايدي عند الموت فصار كما لو اقاموها على انها كانت ملكه عند موته وان اقاموها انها كانت لابيه ولم
يقولوا مات وتركها ميراثا لم يقبل عندهما لعدم الجر وما اقام مقامه وقبل عند ابي يوسف رح لشهادتهم بملك
المورث قوله وان قالوا لرجل حي هذه المسألة اذا ادعى ليستخرجها من باب الميراث وصورتها اذا كانت
الدار في يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت في يده لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل وهي رواية
لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدوا بان المدعى عليه
اخذها من المدعي فانها تقبل ويرد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان
اليد منقضية بزوال اسبابها فانها في الحقيقة زالت وما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول
متعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر اي اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول
والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر اي اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكل ما كان

بخلاف

بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف فيه وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد
معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر كالمعاينة لاحتمال زوالها بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زوال الرق
وان اقر المدعى عليه يعني اذا قال المدعى عليه ان الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا
تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم
والجهالة في المقر به وذلك لا تمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت
الشهادة ويؤمر بالبيان

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة فرع
شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية
لزمت الاصل لا حقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها
في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز ادى
الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة على الشهادة على الشهادة وان بعدت
الا ان فيها شبهة اي لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض
بانه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جواز الجمع بين البدل والمبدل لكن لو شهد اصل شاهدين
وهو اصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به
بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك
لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبتت البدلية فيها لا تقبل
فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله ومن حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من
حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة
وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد
الاصول عند اشهادهم حتى انه اذا تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص قوله ويجوز
شهادة شاهدين اي يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رح لا يجوز
الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير اللذين شهدوا على شهادة الآخر فذلك اربع على كل اصل
اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم بهما القضاء
ولنا قول علي رض لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد
بان يكونا بازاء كل اصل فرعان ولان نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي رض ومعناه ان نقل
شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر
غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا يقبل شهادة واحد على واحد
خلافا لمالك رح فان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسول في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر
وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رض وهو
الله اعلم بالمراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال وصفة الاشهاد
ان يقول شاهد الاصل لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود والفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد
واداء الفروع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان

ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر وانما
قال كالنائب عنه لما ان الفرع ليس بنائب عن الاصل في جميع الوجوه شهادة من يلزمه المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع
كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاداء
ادعى لقوله لينقله الى مجلس القاضي وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهد في على نفسه جاز لان من سمع اقرار
غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول الشاهد الفرع بيانا لكيفية اداء الفروع
الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان
فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته بذلك
الان فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد
على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه
ابي جعفر وهكذا ذكر محمد رح في السير الكبير وذكر قوله اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته
حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد رح فلان القضاء عنده يقع بشهادة
الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين
الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر واما عندهما فلانه وان
لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهدا انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد
على شهادته لكن لا بد من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها
ما لم تنقل ولا بد للنقل من التحميل ولقائل ان يقول كلام المص رح مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه
التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه فيظهر بالقصد وذلك يقتضي ان يكون
التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع
لان الشهادة لا يكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل
مزيف لان الفرع لا ينقل الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من
طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا يجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل لو منعه عن نقل
الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصل يجب عليه اداؤها ولكن ربما لا يتمكن منه فيجد الطلب
ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار
هذا لا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها معنى من حيث انها حجة في ابطال ولاية في تنفيذ قوله على المشهود عليه
وابطال ولا ينبغي دون امر منه في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر ايضا وكذا ولاية في انكاح الصغيرة
اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن يسد الخلل واما بيان التحميل
معلوم فهي مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام آخر في كتاب الشهادات بوجه آخر
مفيد قال ولا تقبل شهادة الفروع قد تقدم ان جواز الشهادة على الشهادة لمساس الحاجة فلا يجوز
ما لم توجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى
مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء بعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان المعجز بعد المسافة
ومدة السفر بعينه حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية

والجمعة

والجمعة وحرمة خروج المراة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع
ان يبيت في اهله صح الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلاثة ايام احسن لان العجز
شرعا تحقق به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق وبه اخذ ابو الليث
وكثير من المشايخ رحمهم الله وروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان
كنقل اقرارهم فان عدل شهود الاصول شهود الفروع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصليين فهو
على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او يعرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى
بشهادتهما وان لم يعرفهما يسال عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسال عن الفروع وان عرف الفروع يسال
عن الاصول فان عدل الفروع الاصول يثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم على صفة
الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية وقوله غاية الامر ردا لقول من
يقول من المشايخ رحمهم الله انه لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى ذلك
بقوله غاية الامر في انه متهم فيه من ان الشهادة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة
له من حيث تنفيذ القاضي قوله على من شهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان
يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم
يكن له شهادة غير في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لان قوله
في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا يتهم وان
سكتوا عن تعديلهم فقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول بان يسال المزكين
غير الفروع عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها
لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رح ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل
قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد اقاموا ما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا
واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا قيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء وكان اشارة اليه بقوله فاذا
لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسال عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لانه
شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة بان قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفرع
يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع
وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين انه اشهدهما ان
على شهادة اصليين على فلانة بنت فلان الفلانية بكذا وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامراة وقال الفرعان
لا ندري اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت
والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع
محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري بعينه انكر ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين
يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود
اذا كتب قاضي بلد الى آخر شاهدان شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بكذا
فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب فيقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي حضر

هو فلان المذكور في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة
الا ان القاضي بكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فلا يلزمه ما قيل فيجب ان يكتفى في كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفرع
في مناسبة العدد مرتين ثم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد ولو قال الشهود في هذه
الباب يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى الفخذ وهي القبيلة الخاصة يعني
التي لا خاصة دونها فان في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم
البطن ثم الفخذ وقال انه غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل يجمع العمائر والعمائر
بكسر العين يجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بكسر الخاء يجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف
لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فلم يكن بينهم فرق الا بالمعرفة
الخاصة اسمائهن واسامي آبائهن ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم
الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو بمنزلة الاب

فصل

قال ابو حنيفة رحمه الله
شاهد الزور اشهره في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور ولو شهد بقتل رجل فجاء حيا
يعزر وتشهيره تعزير عند ابي حنيفة رحمه الله فقولا ولا اعزره لا امره وقالا لا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي
ومالك لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالحاء المهملة من التسخيم وهو سواد القدر
او بالخاء المعجمة من السخم وهو الاسود ولا يقال للاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم
لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا بتبليغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه ابو حنيفة رحمه الله من التعزير
بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله ولانه
هذا اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور
وبالسنة وهو ما رواه ابو بكرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال
الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا
ليته سكت وتعدى ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيه حد مقدر فيعزر ولابي حنيفة رحمه الله ان شريحا
كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما والصحابة رضي الله عنهم اجمعين متوافرة وما كان يخفى
ما يعمل عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير
فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعا عن الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف في الرجوع
وفيه تضييع الحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر محمول على السياسة بدلالة التبليغ
الى الاربعين وهو منهي عنه قال عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم بل هو دليل سمي
الائمة وقال شيخ الاسلام هو بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى سوادا مجازا قال
الله تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله انه كان يبعث الى سوقه
ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين او الى الموضع يكون فيه اكثر جمعا للقوم
ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة رحمه الله ان
عندهما ايضا التشهير والحبس والتعزير مقدار مفوض الى راي القاضي ولم يذكر المصنف رحمه الله ان هذا الاختلاف فيما

كان تائبا

كان تائبا او مصرا او مجهول الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر من غير خلاف وان رجع
على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي مر ثم اذا تاب هل تقبل شهادته
بعد ذلك اولا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ
ستة اشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستورا لا تقبل اصلا وكذا ان كان عدلا
في رواية بشر عن ابي يوسف رحمه الله لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى ابو جعفر
انه تقبل وقالوا وعليه الفتوى قال المصنف وفي الجامع الصغير وذكر ان ما ذكره رواية هي معرفة شاهد الزور
بانه الذي اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر
انه يشهد بقتل شخص وظهر حيا او بموته وكان حيا اما الندرة واما لانه يحتمل ان يقول كذبت او ظننت ذلك اذ
سمعت ذلك فشهدت وبعد على كذبت لان اقراره بالشهادة بغير علم يجعل كاذبا قال كذلك

كتاب الرجوع عن الشهادات

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر
اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم بكونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا
من عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور فيما شهدنا
فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الخصم لان الحق انما يثبت
بالقاضي ولا قضاء بها لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف بها لا
ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في
الواقع فرجعا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام
الثاني يناقض الاول والكلام المتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل
وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس البعض على البعض ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه
وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الاول ترجح بالدلالة على الصدق كالاول وكلما كان كذلك ساواه
واحتيج الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وان كان عله للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان التسبيب
منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة
فكلام الضمان لا يجب بقول المتناقض لا يمنع صحة الاقرار وعدم قبوله من بعد واكتفى عن ذكر التعزير في
الفصل بذكره في الفصل المتقدم قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا
بحضرة حاكم سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به ويرد الدليل الاني
الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة فهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه
على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاختصاص لا يرتفع ما دام
الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع لانه الشهادة في محله ليست بحجة كما مر والاقرار
بالضمان مرتب على ارتفاعها او يثبت في ضمنه فكان من توابعه لان انتقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء ولانها
يجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل
في الابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط الصحة ومنع الفسخ ولان الرجوع
توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة

يتقيد به ما دام فيصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه في غير مجلس القضاء رجوعهما واقام على ذلك بينة
او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة تترتب على دعوى الرجوع لانه
مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل بينته لان السبب صحيح والضمير المستكن
في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب
من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة اي لان سبب قبول البينة
صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحكم وليس
بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان لان سبب الضمان صحيح وهو
الرجوع فتامل قال فان شهد شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسألة قد علمت من قوله وعليهم
ما اتلفوه بشهادتهم الا ان ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما يأتي بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي
لا ضمان عليهما لانهما سببا الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر قلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا الاتلاف
على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة
الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهم لان ولايته ضد يفسق وليس بملجأ حقيقة لان الملجأ حقيقة من
خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك
ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب
فان قيل بأي طريق جعلتم [illegible] في ترك اصلكم الموضوع في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه
قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتموهما كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي
يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة او صار شبهة كما سيجيء وان
جعل مباشرا فما وجه ما روي عن علي في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما والجواب انه كان
على سبيل التهديد لما ثبت بمذهبه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما روي
عن عمر لو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان الضمان انما يجب على
الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضى له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف
يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام
الدين وبيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين
ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهدين
بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف
يتقيد بالمثل وان كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالا عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ
فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه بأخذ الضمان لا تنتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن
ملكه قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك
باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال
واذا رجع احدهما ضمن النصف والمعتبر في باب الرجوع عن الشهادات بقاء من بقي لا رجوع من رجع لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة
الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من اثنين يضاف الى المثنى وعلى هذا اذا شهد ثلاثة

رجع منهن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل لا تتم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء ابتداء فكذا بقاء واجيب
بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء كذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح
في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بعده واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته
كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق التلف يسقط الضمان فيما اذا اتلف انسان مال
زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت بقضاء
القاضي على المتلف فلان يمنع بطريق الاولى لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق قيل
يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وعند رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا
فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين
او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني
تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما او لان التلف كان بالشهادة وهي موجودة منهما حالة واحدة فعند
رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع كان وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع
المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء
من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل فان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا
ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل
والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء
خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد
ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل ويتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحجة
بشهادتهن ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امراتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عليه السلام في نقصان
عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد وان كانت الرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وانما تم ان لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب انه اطلق
ولم يقيده بان ذلك في الابتداء او مكرر فكان الاطلاق يتكفل بكل وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف
الحق عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامراة بمال ثم
رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان المراة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا
الى شهادة رجلين دونها فلا يضمن عند الرجوع شيئا قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح وان
شهدا على امراة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل [illegible] لان المتلف
ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير متقومة بالاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص على ما عرف ولا
مماثلة بين العين والمنفعة قوله وانما يتقوم جواب [illegible] يقال [illegible] المنافع متقومة لما كانت بالتملك كذلك
الخارج هو عين الداخل في الملك في ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول
بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطر حصول النسل به وبهذا المعنى ليس بخارج
عن حالة الازالة كما في شهود الاداء اذ [illegible] مشروط عند التملك بالبيع [illegible] مشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضعه اصول
الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بحمد الله وتاييده وكذلك ان شهدا عليه انه تزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه

اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل
قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله وهذا لان مبنى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض
ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما
اتلفاها من غير عوض وهو يوجب الضمان قال وان شهدوا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالف
درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمته الفين
ضمنا للبائع الالف لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع
باتا او فيه خيار والمراد به البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وهو بان البائع بالخيار ثلثة ايام
فيمضي القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لانهما اتلفا التالف
بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان من غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة
لكنه لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به وهذا
استحق المشتري بزوائده والبائع ما كان متمكنا من اصل البيع لم يمكنه ان يتعرض بحكم الخيار اذ العاقل يحترز عن الانتساب
الى الكذب بحسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا
على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد
وبمطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه محرم في يده
فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى
الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان
وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان
النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق
عبده فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء
للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له وقيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكره
واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه
لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك
قال واذا شهدا بقصاص ثم رجعا اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما
ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب هاهنا وهو الشاهد
المكره اذا كان اسم فاعل او فاشبه القاضي المكره لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم يقض بالوجوب كفر ان كان اسم مفعول
وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس بملجأ الى القتل وقوله بل اولى اي التسبيب هاهنا اولى من الاكراه لان
التسبيب موجبه من حيث الافضاء والافضاء هاهنا اكثر لان المكره يمتنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان
على الاستيفاء فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره فهاهنا اولى ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد
وهو ظاهر وهو مستغنى عنه هاهنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن فيه الا ان يكون ايماء الى ان المباشر
للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشيء
هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى

بخلاف المكره فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا وللقائل ان يقول ظهور ايثار حياته اما ان يكون شرعا
او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فضلا عن ان يكون العفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن يعارضه طبع
ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا وهذا التنزل فقال لان الفعل الاختياري يعني سلمنا ان ثمة تسبيبا
لكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل هاهنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فيقطع
نسبته الى الشهود وسلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود ولكن لا اقل من ان يورث شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل لو اورث
شبهة لا تمنع الدية ايضا لانها بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط
بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك فعل
اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم
فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وهو من اصول الفقه وان رجع احدهما ضمن نصف الدية
فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل
متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن
بفعل باشره بنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة رح خلافا لهما فانهما قالا [illegible] عاملين له
فيرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره وتمام ذلك بادلته وعليه يعرف
في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث رح لا تصنيف علاء الدين العالم رح قال واذا رجع شهود الفرع اذا
رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود
الاصول فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم وغلطنا او رجعنا عن ذلك فان كان الاول
فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان انكارهم
خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضي بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ضمنوا لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة
وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف وله
ان الفروع قاموا مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصلين وهذا يعتبر
عدالتهما قضاء كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا هاهنا ولو رجع الاصول والفروع
جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه مخير بين
تضمين الاصول او الفروع عملا بالدليلين وذلك ان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكره ابو حنيفة رح
وابو يوسف رحمهما الله وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد رح والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل
فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول
كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق
الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد من غيره وتاخير دليل محمد رح في المختلف يدل على اختيار الشيخ
قول محمد رح وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا يبطل القضاء لانه
خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا قال
وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان

على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الشيخ
انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم يبطل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين
والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا
سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا وصاروا كشهود الاحصان
وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من
حيث اثبات الحكم عنده فكالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما
هي سبب اضيف الحكم اليه لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا
بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال واذا شهد شاهدان
باليمين او اشهدا على رجل انه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر وقال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وشهد آخران
على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر رحمه الله فانه يقول الضمان
عليهم لان المال تلف بشهادتهم وعلة السبب هو اليمين لا محالة والتلف مضاف الى السبب دون الشرط المحض
لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط كما في الرجيع الملقى فان الضمان عليه دون الحافر
قوله الا ترى توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها ولم
يقض بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيهم وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله الى عدم وجوب
الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتا باقرار المولى ورجع شهود الشرط ذهب بعض المشايخ انهم يضمنون
لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر
قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر
تلف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي
او لا بخلاف مسئلة الحفر فان العلة ثمة كثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل التلف
مضافا الى الشرط قوله وهي المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث كتاب

الوكالة عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاون
والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاخرت عنها
والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه
كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره
مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة
الآية والسنة وهو ما روي انه عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد اجمعت
على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها لفظ
وكلت واشباهه وروى بشر عن ابي يوسف رحمه الله اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او
رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف وتلزمه الاحكام كما
سنذكره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل
ما فوض اليه قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه هذا ضابط يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما

يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بشراء
الاضحية حكيم بن حزام رضي الله عنه وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابط بانها غير مطردة
ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والتوكيل يعقد بنفسه واذا وكل
غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فلان
المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب عن الاول ان محل
العقد من شروطه لكونه الحال شروطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها
الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لا دافع وبان التوكيل بالشراء
جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم
وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه
ولئن سلم فلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله
يعقده الانسان بنفسه وهو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل
المسلم منه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع مانع من التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة
اقترابهما وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل
اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك حكمة الحكم
وهي تراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان العاجز للعجز
حاجة خاصة وهو مجاز شائع وح يكون المناط هو الحاجة وقد يوجد بلا عجز قال ويجوز الوكالة
بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها اما بالخصومة
فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه
وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر واما
بايفائها واستيفائها فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة
باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى بمن يقوم
مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء
مع الرجال وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لان الحدود لا عفو فيها وقرب القصاص يندرئ
بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر
الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
يقول خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ
بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد فانه يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع والغلط
وفي حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة
اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء
اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز
التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالمنسد اليه بالكلية قال وهذا الذي

ذكرنا وبقي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص واستيفائها بقي الحدود والقصاص داخل في قوله بالخصومة في
سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود
والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رح مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا اما اذا حضر
فلا اختلاف فلان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف رح ان التوكيل انابة والانابة فيها
شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي
حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط محض
حق من الحقوق ويجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع
لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط لا يصلح مانعا
لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة
على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب
يدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا يمنع الدفع
الا يرى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيح لكن هذا الوكيل لو اقر
في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد
صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به قال
قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة
بدون رضاء الخصم فقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى
عليه الا بالمرض او السفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح قال المص رح ولا خلاف
في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده او لا فعنده يرتد خلافا
لهما فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وارادة
اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم
للزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا
برضاء الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله
ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة
لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض
الديون وايفائها ولابي حنيفة رح انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره
في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح
اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على
رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها يتوقف على رضاء الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه
لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه
وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن قولهما ان توقيع الضرر اللازم بالمرض والسفر
من آفات التأخير والموت اشد من الجواب المتفاوت فيحمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع

مطلقا وان المستطيع بظهر الدابة او الحمال فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان
يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر لتحقق صحة التوكيل لتحقق العذر لكن لا يصدق في دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة
سفره او يسئل القوافل عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت الخصم امرأة مخدرة وهي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس
الحكم قال ابو بكر الرازي رح يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحجتها لحيائها فيلزم توكيلها كما قال المص رح
وهذا شيء استحسنه المتأخرون واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة رح بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها والبكر
والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى رح يقبل من
البكر دون الثيب والرجل قال ومن شرط الوكالة ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف
ويلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة
فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا
التوهم التجعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به وانما جعلت للجنس حتى يكون معناه
يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف
حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فانه اثبت الحكم بجنس التصرف وقوله ويلزمه الاحكام يحتمل ذكره لتم
وجنس الاحكام فالاول للاحتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لا يلزمه الاحكام
وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا
واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا يلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا
لزم الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت فقط لان وجود الشرط لا
يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه فيما لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطت به
وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف
ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل والتصرف الذي وكل فيه فيما لم
وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه جاز والجواب
الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له ابتداء لو كان الوكيل فيما تصرف فيه
بطريق الوكالة ولان الكلام فيه ولا نيابة فيه اشكال لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل فالحاصل ان شرط الوكالة ان
يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف بملك الوكيل بحيث يلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد فرد
سواء كان الموكل يملكه او لا لعارض عرض في بعض ذلك لان مبناها على التوكيل ويشترط ان يكون الوكيل
ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي
الذي لا يعقل والمجنون وبقصد بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وان يكون من
اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في
الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد على قيمة
المتاع وما ينقص وما يتراد في الحيوان ودوا زده في العقار وما يدخل تحت تقويم المقومين لا يطلع عليه
احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلهما جاز فيعلم جواز توكيل
من كان فوقه بطريق الاولى لان الموكل مالك التصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل

بالحكم للمتصرف والوكيل من اهل العبارة فيها فيصح لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه او وكل
المأذون جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ
تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه
لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي فلقصور اهليته واما العبد فلحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمته العهدة
لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم يلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما
في حق نفسه في ذلك الوقت فلم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليهما اشارة الى انهما لو كانا مأذونين
تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن
حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء فان اشترى بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر مطالبة البائع بالثمن
لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وهنا لم يكن كذلك
انما هو التزام مال في ذمته استوجب مثله على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون لا يلزمه ضمان الثمن ولا
ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما يلزمه
ضمان ثمن من حيث الحكم فانه يحبس بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما اشترى لنفسه ثم باع منه
والصبي المأذون من اهل ذلك والجواب في العبد المأذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف ان
المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ محجور فله الخيار لانه ... ويتمكن من فسخ
البيع لانه دخل في العقد على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه تخير كما اذا عثر على عيب

قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب يتعلق
حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فالضرب الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق
بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل
فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما
اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا ذا اهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد
الواقع منه او لغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح
فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال
القدوري رح في المختصر وقال القدوري يعني في مبسوطه يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى
ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة
جواب عما قال الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك
يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد
حكم الوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريق ابي طاهر الدباس واليه ذهب عامة
من اصحابنا وقال مشايخنا ان قول ابي طاهر اصح وقال المصنف هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر يكون ان في
... جوابا بمنع ... فقد قام ... الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه لم يكن
لانه يقول بثبوت الملك له خلافة وان نفى اصالة وتحقيق المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته
وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فقلنا بثبوت الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى

القياس لحصولها بعبارته والهبة بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من
التوكيل واليه اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد
له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح
احتراز عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان
الاول هو الصحيح لان المشترى اذا كان منكوحة للوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملكه المشتري لكان
ذلك واجبا بان نفوذ العتق يقتضي ملكا مستقرا قالوا نفي الزيادة فمن تزوج امة ثم جرح على رقبتها فاجاز كون
صارت الامة مهرا للجرح لم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر فينتقل
في ثاني الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال
القاضي ابو زيد الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق
ابا الحسن في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن قال المصنف وفي مسئلة العيب
تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى اراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده
بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه **قال** وكل عقد يضيفه الوكيل الى موكله
هذا ضابط الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه
تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير
ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وهو
عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد ترجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف هذا
لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اي لان السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى النكاح ظاهر
واما في النكاح فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا ان الشرع اثبت
نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لما كتبها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص و
حكمه لغيره ولقائل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل
عن السبب والجواب انا قد علمنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل
ويبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا للعبارة وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة الا بالتأخير بشرط الخيار
ولا يمكن لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل
وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا وشدد في على فضله وتنبيه للطائف الاقتباس
جزاه الله عن الطلبة خيرا **قال** والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق
على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيفه الى الموكل والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي
هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع فتتعلق حقوقه
بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق بماله او يقرضه او يعيره دابة او يودع متاعه او يرهنه فقبض
الوكيل وفعل ما امر به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبت لك موكلي او وهبته وليس للوكيل الرجوع
في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المصنف لان الحكم فيها يعني في العقود
المذكورة يثبت بالقبض والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فقوله فلا يجعل اصيلا

مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا
لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لم يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل
العبارة سفارة فيما احتاج الى القبض ولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو
التوكيل بالاستعارة او الايداع او الارتهان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق يرجع الى الموكل دون الوكيل اما
قبض الموكل فلا اشكال فاما اذا قبض الوكيل فما الواجب ان يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل من
القول والقبض ويدفع بانه لابد له من اضافة العقد الى موكله وهو يجعل القبض له قضاء كما اذا قبضه لنفسه
وكذا اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل
بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم اني اعيد لك ههنا ما قدمته
ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الاراء فان ظهر لك فاحمد له وان مج
ذهنك فخلاف فلا ملومة فان حد المعقل دعوه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في ملك الغير وهو لا
يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل
وهو ملكه واورد بانه يلزم ان لا يجعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض
لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة
بدل على المستعير او الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة
والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محلهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها يجعلها موجبة للملك عند القبض
باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا
للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلوا عن بدل يلتزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة
فلو اعتبرناها محلا في الاستقراض وفيه بدل محرز للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة
عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح
التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني
اليك فلان ويستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل قال واذا طالب الموكل المشتري
بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل
عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري
الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد
منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض
بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله ولهذا
توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة ولو كان له عليهما
دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض
ولو ابراه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل
على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا يدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا
كان له عليه دين وحده اجاب بقوله بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغير عوض وللوكيل عند

ابي حنيفة

ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان يبرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما
لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء
من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراؤه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابرأ اسقط
حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل
الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه وتخمين
ابو يوسف رح فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا
ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقط وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا
قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة
وصولا مستندا ان كانت بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قدم من باب الوكالة ما هو اكثر وقوعا واشد حاجة وهو
الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات
قال ومن وكل رجلا بشراء شيء اذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي
نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول
على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة
في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما
يشمل اصنافا على اصطلاحهم ذلك وبالنوع الصنف فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معينا او لا والاول
لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل
ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن فهو
غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بالمأمور واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم
وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع
لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رأيت فانه فوض الامر الى
رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الآمر والاصل ان الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا و
القياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع
من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة
لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك
باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه
ووصفه فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم يصح
الوكالة به لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع او الثمن جازت
والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا
فالوكالة باطلة بين الثمن او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على
الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح

مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق
والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا
وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن واذا قال اشتر لى عبدا او جارية لا يصح لانه ذكر جنسا يشتمل
انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذى ولد فى الاسلام او قال جارية حبشية او رومية او هندية
او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لانه يتعذر بالثمن يصير
النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة
يسيرة وان لم يذكر الصفة اى الجودة والرداءة والسطة وفايدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال اللفظ
على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه قال ــــــ ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما ومن دفع الى آخر
دراهم وقال اشتر لى بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا
للحقيقة كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك اى اقوى واولى
بالاعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان
سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما فى عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ
ما وراء النهر الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن الاكل من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فيصرف التوكيل
اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل
على ان ما ذكره اولا مطلق اى سواء كان الدراهم قليلا او كثيرا واذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة
ودقيقها وهذا الثانى المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابى جعفر الهندوانى ولكن ذكر فى النهاية انه
ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل فيه الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال فى المبسوط بعد ما ذكر
ما قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان يشترى بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشترى بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما
يمكن الادخار فى الحنطة واقول فى تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق لفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة
ودقيقها والدراهم جعلتها او كثرتها وسطها تعين افرادا عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى
خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشترى بها طعاما فاشترى خبزا وقع على الوكالة
للعلم بان المراد ذلك قال ــــــ واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب واذا اشترى الوكيل ما وكل به ثم بعيبه
ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشترى بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البايع
بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها اليه وان كان الثانى فلم يرده الا باذنه لانه انتهى
حكم الوكالة ولان فى الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اى ولكون الحقوق كلها اليه كان
خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل قال ــــــ ويجوز التوكيل
بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم مكيلا مثلا فى شيء جاز لانه عقد يملكه الموكل
بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر قال اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته
على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك فى الدين
واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملك الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عرفا لاستعماله
وبان التوكيل بالشركة جائزة لا محالة والثمن يجب فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به ثم لا يجوز ان يكون المال المسلم اليه

والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت
بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد
ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثانى بان كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم
ليس كذلك فان الموكل فى الشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته فان قيل انه جعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له فى
صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب
الطعام فى ذمته ورأس المال مملوكا له اذا اسلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق فى ذلك بين ان يضيف
العقد الى نفسه والى الآمر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم فى المجلس فان قبض العاقد
وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبى والعبد المحجور عليه فان
قبضه صحيح وان لم يكن لانه وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام
هذا اذا كان الموكل غايبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالعاقد بنفسه فلا يعتبر مفارقة
الوكيل ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد قوله بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه
ووقع فى بعض النسخ بخلاف الرسولين اى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم وليس معناه الرسول من
الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم اى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة
من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة فى العقد لا فى
القبض وانه لكان افتراق بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم
يصح قال ــــــ واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع
لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية اى صار الوكيل كالبايع من المشترى ولثبوت
المبادلة انهما اذا اختلفا فى مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى يرده على الوكيل وذلك
من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص بالاصل وجوده
يدل على وجود اصله فلا استباع فى كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشترى من الوكيل
وقد سلم له المشترى من جهته يرجع عليه قوله ولان الحقوق دليل آخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان
الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع
علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك آمرا به دلالة وهلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه لا
يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك فى
يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفى الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل والبايع حق
حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البايع اولا وقال زفر ليس له
ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس فى المسلم غير متصور ولنا فى ذلك طريقان احدهما
انه قبل التسليم الاختيارى يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضى الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا
يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان لا يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط
حق الحبس والثانى انه يقال ان قبض الوكيل فى الابتداء متردد بين ان يكون لنفسه مقصود الموكل وان يكون لاجل
حقه وانما يتعين احدهما بحبسه فكان الامر فيه موقوفا فى الابتداء ان لم يحبسه عن عرفنا انه كان عاملا للموكل وان

حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح يعني
الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع
عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة رحمهما الله فيسقط الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب عند زفر رح يجب مثله او
قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر وزفر
يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا ولهما اي لابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس
الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون
على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فيقوى جهة كونه بائعا
فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة ولابي يوسف رح انه مضمون
بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو
كذلك فهو في معنى الرهن لا في معنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لاثبات مدعاه
وقوله بخلاف البيع لنفي قولهما يعني ان المشتري ليس كالبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا
لا ينفسخ اصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المص رح بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل
وان لم ينفسخ اصل البيع في حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي به الوكيل
فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا مغالطة على ابي يوسف رح لانه يفرق بين
هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني
لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل
فخرج الجواب عن موضع النزاع وانه فكما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك
في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت حق التامل وجدت ما ذكر عن
جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين
المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره احدهما قال واذا وكله بشراء عشرة
ارطال لحم بدرهم وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك
من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم ومما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزمه منه عشرة بنصف
درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله
ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل اي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء فقال فيه تلزم
الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور ولابي يوسف رح ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم
فظن ان سعره عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما جاء بما هو انفع وليس على الوكيل زيادة ذكر
الثمن لانها اذا زاد خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رح انه امره بشراء عشرة
ارطال ولم يأمره بشراء الزيادة فنظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امره فينفذ شراء ما عليه
وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الاول بحيث لا يلزم الآمر شيء من ذلك
لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة رح كما اذا وكل

الموكل

لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلثا لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في
ضمنه ايضا تبعا له والثاني انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي
عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم الآمر منهما شيء والمسئلة كالمسئلة حذو القذة
بالقذة والجواب عن الاول ما قال الامام حميد الدين بانه في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع
الا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء الثمن
يتوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمني في الشراء وعن الثاني ما في صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت
في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وح كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة كان
شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وكل
لا يتعين حق الموكل فبقيت حصته مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في النهاية وقال اللائق لا ادري انها اعطيه
محيشة من العشرة ولان القيمة لا يعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو
مختار صاحب المحيط واما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن
التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في العدد والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض
بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثيرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة ودقة
واجل كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو اقل خللا وقوله بخلاف
ما استشهد به جواب عن تمثيل ابي يوسف رح المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة
هناك بدل ملك الموكل فيكون له ورد بان الدرهم ملك الموكل فيكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما ح
فالجواب ان الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا او الحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو
فاسد لوجود الفارق وقيل ذلك ان الالف الزائد لا يفيد بطول الملك بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة
اخرى ما جمع وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة
لان الامر فيما يباع السمين والمشترى هزيل فلا يحصل مقصود الآمر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه لا
يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو
لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود وكان اشتراه لنفسه
والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة اذا سمى الثمن
فاشترى بخلاف جنسه او لم يسم فاشترى بغير النقود او وكل رجلا بشرائه فاشترى وهو غائب يثبت الملك
في هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وكذا اذا اشترى
بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم
يتحقق ذلك في حال الغيبة قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه يقع له
المأمور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في اتيان المأمور به واجيب بان النكاح للموكل
نكاح يضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث انكحها من نفسه بان يقول تزوجتك والشراء لك
يضاف الى الوكيل لا محالة فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرفت ما به المخالفة فما عداه موافقة
مثل ان يشتري بالمسمى من الثمن او بالنقود فيما اذا لم يسم او اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فينفذ

على الموكل لانه اذا حضر رايه لم يكن مخالفا فيكل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل
غيره ففعل الثاني بحضرة الاول اوفعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل
الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع وكذا في الاجنبي والتعليق (؟) واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة
فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الراي الى الوكيل وتفويض الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي
ولا حاجة فيهما اذ اللفظ (؟) الى الراي فجعلناه مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة لانهما يتضمن معنى
الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المامور به نقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر
او الاجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة
ممكن لانها يحتاج فيها الى الراي فاعتبر المامور وكيلا والمامور به حصول رايه وقد حضر بحضوره او باجازته
قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه اي وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا
ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل وقوله هذا محتمل يجوز ان يكون مراده النقد من مال
الموكل وان يكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المص ره وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان
يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل
على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم
الآمر وان كان الثاني كان للمامور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب
الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني بطريق
بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه
الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع
فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان يكون نواه للآمر فهو له او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل
لانه توكيل بشيء لغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع
فمن نقد من ماله الثمن كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا
على انه لم يحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة
الى ماله او بالنية له والفرض عدمه وقال ابو يوسف رح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون
له ولغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين نقد تعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما يحتمل انه كان نوى
للآمر ونسيه قوله وفيما قلنا يعني تحكيم النقد حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء
له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه علمت ان في النقد من مال الموكل تفصيلا لانه اذا
اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له
وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد وكذلك فيما اذا تصادقا على انه لم يحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل
او يحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلامه النقد ره
او يشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال المص ره وهو المراد عندي يبقى الكلام في ان الاضافة الى
اي نقد كانت ينبغي ان لا تفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان
الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما يجيء من انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو هلكت

قبل الشراء وبه تبطل الوكالة وانما قيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام على هذا
ونحوه وانما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة
اذا تصادقا فانه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد واما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف بان للنقد اثرا في
تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد يبطل السلم فاذا احتمل من العقد يثبتان بالنقد وفي الشراء كذلك فكان
العقد للعاقد عملا بحقيقة الاصل قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف ومن وكل رجلا بشراء عبد
بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل بشراء عبد معين او غيره والاول يجيء والثاني اما
ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان
ميتا والثمن غير منقود فالقول للآمر لان المامور اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على
الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد
فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله قوله لا يملك استئنافه
معناه استئناف سببه وهو مجاز بالحذف وقوله وهو راجع الى ما في عما فان كان الثمن منقودا فالقول قول
المامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن
منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئنافه
الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل
اجيب بان تملكه استئناف الشراء باعتبار انه يمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بايعه ثم يشتريه
للموكل وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع التهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة اراد
ان يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي الخروج عن عهدة الامانة
ولا ثمن ههنا بعين فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان
التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما
عندهما فلانه يملك استئنافه واما عند ابي حنيفة رح فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه
لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر ان شراءه ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملك
عزل نفسه بغيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة
المذكورة فرجح جانب ابي حنيفة رح وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج
عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استئنافه ويريد به ايجاب الرجوع على الآمر
وهو منكره فالقول قوله قال ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان
يعني لاجل فلان فباعه منه ثم طلبه فلان منه الى ان يكون امره بذلك فلان فلانه ولاية اخذه لان قول البائع بعني
لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان
ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة كالاجنبي يطلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك
اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا ينصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في الشفعة ولا
القرينة موجودة فيما نحن فيه وان قال فلان لم آمره ثم اراد بعد ان ياخذه لم يكن له ان ياخذه لان الاقرار ارتد بالرد

الا ان يسلم المشتري له اي الا ان يسلم المشتري له العبد المشتري لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم الموكل
العبد المشتري لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها فيكون بيعا وعليه
العهدة اي على فلان حيث الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص
ثم سلم المشتري لاجله ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو
يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع قال ومن امر رجلا
ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين
او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء الا فيما لا يتغابن استثناء من قوله جاز اي جاز شراء احدهما
الا فيما يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل
بالبيع فان ابا حنيفة رح يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح
ان اشترى احدهما بخمسماية او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما
سواء وكل ما كان كذلك ينقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسماية
ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز
الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا فالقياس ان لا يلزم الآمر اذا اشترى احد
بازيد من خمسماية وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه
الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي بما بقي من الالف حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل
العبدين بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل
الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه
وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف
وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الآمر قال
ومن له على آخر الف ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح على الآمر ولزمه قبضه
او مات قبله عند المامور لانه في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا اذا
عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الآمر فهو له وكذلك
ان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الآمر كان من مال الوكيل عند ابي حنيفة رح وقالا هو لازم للآمر اذا
قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا امره من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن
يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل
فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس ولهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانا او
عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد وما لا يتعين بالتعيين كان
الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده وصار كما لو قال تصدق بما
عليك على المساكين ولابي حنيفة رح انهما يتعينان في الوكالات الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا
دين قيد الوكالة بالعين منهما او بالدين منهما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت ونقل الناطفي
الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها

ثم نقدها دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على ان النقود في الوكالة تتعين بالتعيين
لكن المذكورة في الكتاب بلا تفصيل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في
الكتب قال في النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم فلا تتعين في الوكالة ايضا
بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رح في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه
الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل
ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس
الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء فقبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء فقبل التسليم بلا
خلاف واما بعد التسليم الى الوكيل هل يتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها
لا تتعين ثم قال وفائدة النقد والتسليم على قول العامة توقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا قول منهم
بالتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقائل ان يقول
فعلى هذا في كلام المص رح نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح بمائتي
سنة والجواب ان المص رح لم يتعرض ان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رح
على ما نقل في الزيادات من التقييد بعدم التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة
مخصوص به ونقل كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئلة تدل على ذلك ورده بانه مخالف لما ذكروا في الجامع
في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المص رح بذلك
لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه بعض الدراهم فيقوم مثلها مقام
نفسها كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما قوله واذا تعينت هو تتمة الدليل
وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بالقبض
وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مثلا
فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز ذلك او يكون امرا بصرف اي بدفع ما
لا يملكه الا بالقبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما اداه المديون الى البائع او الى رب الدين
ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قال اعط مالي عليك
من شئت فانه باطل لانه تصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه قوله بخلاف ما اذا
عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح ولازم للآمر لانه يصير
البائع اولا وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غير من عليه ولا امرا بصرف ما لم يقبض وعورض
بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم
الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله بخلاف جواب عن قياسهما على الامر بالتصدق
ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول
البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بالشراء بدين غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المامور
فان هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر منه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله
ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر

اشتريتها بخمسماية وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول للمأمور ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسماية وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوي خمسماية فالقول للآمر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسماية والآمر انما وكل بما يساوي الفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للآمر اما اذا كانت قيمتها خمسماية فللتخالف الى شر وان كانت قيمتها الفا فمعنى قوله فالقول للآمر يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم الآمر سوآء قال المأمور اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما في هذا اي في هذا الفصل نزلا منزلة البايع والمشتري الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما ويلزم الجارية المأمور وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن ووقع الاختلاف في الثمن وموجبه اعتبر المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة والمبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني

قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امره بشرآء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البايع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه قيل لا تخالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندواني به لان تصديق البايع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشآء العقد ولو انشاه لزم الآمر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البايع ثم غايب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا فان قيل المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف تحالفهما اجاب بقوله وقد ذكر يمينه تحالفا معنى يمين التخالف وهو يمين البايع لان البايع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التخالف واما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتخالف كان اعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى قوله والبايع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البايع بان البايع بعد استيفاء الثمن اجنبي منهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شرآء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشرآء لكنه شرآء صورة فناسب ان يذكره في فصل على حدة والتوكيل بشرآء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف والقام بلام المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل

قال واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فلا يخلو اما ان يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه او لم يعينه عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال او اعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شرآء العبد نفسه قبول منه العتق ببدل والامر سفير حيث اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء

للمولى فلانه لما كان اعتاقا اعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة ويجب العمل بها مهما امكن وقد امكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشرآء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سياتي بخلاف شرآء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمنا للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاول لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشرآء للمشتري واما اذا وقع الشرآء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير فيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكره في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت في كلام المصنف ما يشير الى ذلك فانه جعل شرآء نفسه قبول الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشرآء العبد من غير العبد يعني ان توكيل اجنبي اجنبيا بشرآء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشرآء اشتريته لموكلي لوقوع الشرآء للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي حالي الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه وربما يختص به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشنع المصنف بهذا ومستعمل استعمالا وقوله ولا مطالبة على الوكيل وهو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وهكذا ذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في الجامع الصغير ووجهه ان الوكيل بشرآء العبد للعبد كالوكيل بشرآء لغيره وهناك نفس هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه شيء من قبض المعقود عليه فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل

قال ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك بهذه هي المسئلة الثانية وهو من وكل عبدا بشرآء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد والعبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرآء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها للمولى حتى لو اقر بها للغير لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرآئها كتوكيله بغيره من اموال المولى او كتوكيل اجنبي بشرآء نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهو بحضرته لم يكن للبايع ان يحبسها لاستيفاء الثمن لكونها سلمت اليه فان قلت الاحتراز غير ممكن فلا يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عنده لعدم الاحتراز اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حتى لا يتردد وكون قبض الوكيل قبضا للموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا تردد فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حتى اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا باعتبار

وجاز ذلك لاعتبار اذا اقتضاه صحة وامّا مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البائع
ومالية لا تنفك فسلمنا اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى الآمر تتميم الدليل وتقريره العبد يصلح
وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر
صح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر صح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على من توكل بشيء وفعل وقوله
فيتعلق حقوقه به اشارة الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكره في الجامع فان اضافة العقد الى
الموكل انما يفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال
بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما يأتي
فانه اعتاق على مال يعقد به الواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت
اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون
محجورا عليه وحينئذ لا يرجع اليه الحقوق واجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة
تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذنه وان اضافه الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر
لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف
جاز ان يشتري لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فيقع
عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي فلم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره
فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره وعورض
بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة
البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة المجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد
العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي
به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال
انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم
اللفظ

فصل في البيع

لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام
التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تأخير البيع **قال** والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد
مع ابيه وجده اذا وكل مختصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل شهادته له اذا كانت
مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة رح بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده
او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر
في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تحرير الدعوى
قبل الدليل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع
وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب
وشرح الطحاوي وعلى ما ذكره في الذخيرة جائز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير
جائز عند ابي حنيفة رح في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا
عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب من جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بتخصيص

دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان
يكون من حيث ايثار العين او المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حتى يحل للابن وطء جارية
نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا من غيره كملك ابيه لكانت جارية مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية ابيه والمنافع
منقطعة لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة بنفسه واذا وجد المقتضي
وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه
لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا
مسلما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا المكاتب
حق في كسب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزوج عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة رح
القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للامانة فكان
موضع الامانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابي حنيفة رح في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة
ظهر الربح او لم يظهر مع ان له شبها بالوكيل لكونه في حكم الوكيل اجيب بان المضارب ما تم تصرفه من الوكيل فقد يستبد به
على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده
والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط
بشروط لا يحتاج اليها غيره فكانا مما يتوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فبين ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل
قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وكثير
وبعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف
عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف في البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل
بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد بكون الجمد من الماء بشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف
وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع
بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وشراء من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي
لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان
فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة رح القول
بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق
عليه البيع قوله والبيع بالغبن تنزل في الجواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن
او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن للتجارة والربح او لغيرها وعند التبرم من العين وغير
ذلك وما قيل ان بيع الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا
تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه او يظهر مكابرة والمسائل المذكورة ممنوعة على ما روي عن ابي يوسف رح على ذلك الوجه واما
عند ابي حنيفة رح فهي على اطلاقها والبيع بالغبن او العين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع
بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف
في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا ترى انه لو حلف لا يأكل لحما فذبحا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم

لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع
في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف
الجواب كذلك واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال
بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي اجاب بجواز ان الاب
والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين به سلمنا ذلك لكن ليس امرهما
مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من
كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب
كما تقدم في اول البيوع فكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز ان يقال
في الحقيقة عبارة عن اخراج ملك متوسلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوسلا
اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع البدلين باعتبار

البيع م

يتعين كل واحد منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل
بالشراء فسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فيما ذا رجح ابو حنيفة جانب
البيع وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق
فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع البدلين باعتبار ما
اذا كان ما يقابله من العوض مثله في القيمة او باقل منه يسيرا كما روى الحسن عن ابي حنيفة رح وذلك لان الموكل
اطلق في توكيله البيع فيجري على ذلك ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع بما عز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه
لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على اي كتب
ملاحظا بعين البصيرة تجد التصدي لتلفيقه ان شاء الله تعالى قال والوكيل بالشراء يجوز
عقده الوكيل بالشراء يجوز له ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله
اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه او وجده خاسرا الحقه بغيره على امر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ
على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ بعضهم فان بعضهم قال يتحمل
فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امرأة
باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء
لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه
ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله ما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام رح وهذا التحديد فيما لم يكن قيمته
معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما ما له ذلك كالخبز واللحم وغير بها فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على
الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ لا داخل تحته ما يحتاج فيه
الى تقويم ولا حاجة هنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش وقد اعلن سوق
الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان
يسيرا لزم الآمر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص
بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط

متوسط

متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترم فجعل اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في الكثير
فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا او الخمسة من النصف فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فما كان اقل وقوعا
اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه قال واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه
جاز واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع
فيجري على اطلاقه واستوضح بقوله الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف به اولى
وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا
ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه
جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع النصف الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع
ظهر وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما قال وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق
لما ذكر من الدليل آنفا في التوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة رح ان التهمة في الشراء متحققة على ما مر فلعله
اشتراه لنفسه الى آخره وفرق آخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد
كلا او نصفه واما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي اطلاق
الامر وتقييده فيعتبر فيه العرف والعرف فيه ان يشتري العبد جملة ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي
ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم
يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح لحديث حكيم بن حزام فان النبي عليه السلام وكله بشراء
الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف
عملا بالدليل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو
بوجه اولى قال ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه فقبض الثمن
او لم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون
بعيب يحدث مثله او لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا فالقاضي عاين البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة

فان لم يكن م

من بينة او نكول او اقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فعلم التاريخ والعيب
ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا يتقيد بها لا القضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه
فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء او الاطباء
لتوجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هذه الصور كلها ان يرد على
الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة
الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده بينة او باباء يمين فكذلك لان البينة
حجة مطلقة اي كاملة فتتعدى والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم
الآمر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار
حتى يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه
ومن حيث القصور لا يلزمه وبهذا فارق الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية انه اذا اقر

الوكيل بالعيب لا حاجة به الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث مثله
فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم الآمر ويرده بالبائع لان المبيع لما انتقل الى
الوكيل وتقرر عليه بامر حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه
من غير قضاء والبائع اي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع
الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه
في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة عليه لذلك وكان ذلك رد على الوكيل وفي عامة الروايات
انه لا يلزم الآمر وليس للمأمور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين ممنوع
لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة
والنكول لعدم تاتيهما لدى عدم القضاء قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد اذا اختلف
الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور
بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته اعلم
بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه
على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو
قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف
المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البز وقال المضارب دفعت
الي المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا
ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة
فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث
يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر
آنفا ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارفا عند التجار في تلك السلعة
او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه من
الجانبين تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا
ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل الا
بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها
ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل
فيحكم على براءته او يموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها
والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا
قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا
نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن
اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

فصل

وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد
منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو
المراد بما في الكتاب ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كان الثمن يلزمهما الاحكام او واحد منهما صبيا او
محجورا ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع
لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف قوله والبدل
وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز ان ينفرد احدهما
ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل
ان يزيد الثمن ويختار من هو احسن اداء للثمن قوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله
فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج
فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب
في مجلس القضاء قوله والرأي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول زفر انه ليس لاحدهما ان يخاصم دون
صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرأي
يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك قوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف
على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وابى الآخر ان يطلق فهو جائز وكذا العتق
المفرد وكذا اذا وكلهما برد الوديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض
وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط
اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير
اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مأمور بقبض
شيء منه قوله وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما
فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بان
فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما
على الاجتماع قوله ولانه معلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون
معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل
ففي قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك
بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعل مثل قوله امرها بايديكما مفوض
الى رأيهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد قال وليس للوكيل ان يوكل فيما
وكل به وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه
وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتة في الآراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين
والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول وايضا الرضى برأي الوكيل
ورد توكيله بما فيه لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او قوة في رأي الاول لما وكله ورد توكيله
مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل

وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه
ظن ان لا غير يعرفه في هذا التصرف فتوكيله مناقض لظنه فلا يجوز قوله الا ان يأذن له استثناء من قوله
وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فحينئذ يعمل برأي غيره او اطلق التفويض
الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فيجوز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه
يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر
نظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر
ما ذكر ثمه فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد
حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا
ذكره في الذخيرة فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد رح قال في الجامع الصغير اذا
باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكره وكالة الاصل
في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب
فاجاز الوكيل جاز وحكي عن الكرخي رح انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض
المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب
عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وصار الوكيل الثاني
فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز ما
ذكر وما وجه الجواز ان المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف
الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رح فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب
فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او
غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرنا ووجه كونه فضوليا
احد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مأمور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان
الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما
ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك
فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في
هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وكذا ان عقد في حال غيبته يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على
من يكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي
بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول
والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الوكيل الاول
وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجاز
لحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن
ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المص رح وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز
لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل

وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقديره الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما
في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قبل ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري
واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان التقدير
من ابلغ جهات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون
في التوكيل بتقدير من يصلح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بغيبة الآخر
عنه في مجرد العبارة **قال** واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته اذا زوج المكاتب والعبد
او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او الشراء لم يجز ذلك
وانما احتاج الى التأويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز
لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك
النكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما
الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته
عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع
الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك
لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستأمنا لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه
ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله وان
كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية
وذلك اي الولاية النظرية بتأويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة
لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة
الانقطاع فيبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فيصح ولما كان ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
تركا اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وان كان المسئلة
بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة
بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون المطالبة
المبيع او الثمن ولانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور **قال** الوكيل بالخصومة
وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا لزفر رح هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة
لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام
بما امر وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض
من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ رحمهم الله افتوا
بقول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر
واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد
وفيه نظر فان الدلالة قد وجدت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظير هذا التوكيل بالتقاضي
فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال تقاضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته

الا ان العرف بخلافه لان الناس يعينون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة
والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رح والجواب ان ذلك وجه رواية الاصل ولا كلام فيه وانما الكلام في
ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين
بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة
فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما قررناه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته قال
والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو
اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل منه وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة
الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها
ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضى به
بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه
وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبض استيفاء لعين حقه من وجه لئلا تمتنع قضاء ديون
لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض
اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك
اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا قامت
عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب
له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع تبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق
العقد وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل
قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل
قالوا في شرح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء
لان الوكيل فيها يكون خصما قبل القبض كما يكون هنا اما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل
مباشرة الشراء وقوله وهذه اشارة الى ما اشرنا اليه تمام به دليل ابي حنيفة رح وهو ان التوكيل بالتملك
اصيل في الحقوق قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين
لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين حق الموكل من
كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكله بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه دفع العبد
الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان وقف الامر
حتى يحضر الآمر لانه اقامها مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فتقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة
وصار كما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك فتقبل في قصر يده كذا هنا وكذلك اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى
زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها او
على العتاق من على الاثنان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفي الاستحسان
يقبل في قصر يد الوكيل فالوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم في قصر يده
وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره قال واذا

والعبد

اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى
عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا انه اذا اقر عند غير القاضي
خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في
دعواه وقال ابو يوسف رح جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رح
اولا لا يجوز في الوجهين جميعا وهو القياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف رح واما شمول العدم كما هو
مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة لانها الخصومة
والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء
ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل
بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع وفيه نظر
لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة قال في النهاية
هي مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف
كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه
قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع
الخمر فتذكر ما تقدم فيه وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا
وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار ولكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا
على ما سيأتي تحريا للصحة قطعا قوله ولو استثنى الاقرار جوابه من يستشهد زفر رح ووجهه لا نم صحة الاستثناء
بل لا يصح على قول ابي يوسف رح لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر
آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رح لكنه انما يصح لتنصيصه على الاستثناء وللتنصيص زيادة دلالة على تمكن ارادة
وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه علم
بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى لمجال المسلم
مطلق الجواب وعن محمد رح انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا
عليه قال في النهاية اي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار لعرض
اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله لا تعينا لو كيل عند توجه اليمين بتحميل اليمين على موكله لان
النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدة وللقائل ان يقول ان المدعي قد يعجز عن اثبات
دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا
والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن
استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف رح الجواب
عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع
الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح او الابراء لم يكن اشد من افضائها
الى الاقرار وهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة والاولى ان يقال
التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج

الى عبادة اخرى بخلاف دفع الجواب وكذلك الابرآء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا
قوله فبعد ذلك شروع فى بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلثة اى بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف
الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله بقول ابى يوسف رح فى التسوية بين مجلس
القاضى وغيره الوكيل قايم مقام الموكل انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول الحقيقة
وهى الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا فى مجلس القضاء فما كان
منه فى غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب
فى غير مجلس القضاء فلا اقرار خصومة مجازا فى غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به انما انه خصومة مجازا فلانه
خرج فى مقابلة الخصومة فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوى لما قررنا فى التقرير انه لا يجوز تجوزا شرعيا
ولان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعى نظير الاتصال الصورى فى اللغوى
كما عرف واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق والمستحق هو الجواب فى مجلس القضاء
فيختص به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اولى فى تادية المقصود
قوله لكن استدرك عن قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار فى غير مجلس القاضى ليس بجواب
كان الجواب لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضى يخرج عن الوكالة
حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصى اذا اقر فى مجلس القاضى فانهما اذا ادعيا
شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدق الاب او الوصى ثم جاء يدعى المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما
لانهما خرجا عن الولاية والوصاية فى حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قال المدعى عليه فكذا ههنا قال
ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل بالمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك ابدا لا بعد
براءة الكفيل ولا قبلها اما بعد البراءة فلانها لما لم يصح حال التوكيل لما يذكر لم ينقلب صحيحا كمن كفل لغايب
فاجازه بعد ما بلغه فانها لا يجوز لانها لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا ينقلب صحيحا واما قبل البراءة
فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه فى ابراء ذمته كالمحال
اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه
عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملا فى ذلك لنفسه ذكره فى الجامع الصغير واجيب بان المنع
مستند الى ما ذكره شيخ الاسلام من ان المديون لا يصح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما
ذكره فى الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا فى التوكيل بالقبض واعترض
بان عمل الوكيل لنفسه ضمنى لكون الموكل اصلا فى اثبات الوكالة والضمنيات قد لا يعتبر واجيب بانا
لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس العامل فان قيل فليعتبر الوكالة لطريانها عليها كما لو
تاخرت الكفالة عنها فانها تبطلها فان المحبوبى فى الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل
يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب ان الناسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله والوكالة دون
الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان يكون الوكالة ناسخة
للكفالة وان جاز عكسه قوله ولان قبول قوله دليل اخر وتقريره ان الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه امينا
ولو صحت الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبريا عن نفسه وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم

فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها فى عبد
مديون اعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض دينه من العبد
كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان فى مقداره
عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا قال ومن ادعى انه وكيل الغايب فى قبض
دينه ومن ادعى انه وكيل فلان الغايب فى قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقر على
نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فاداء المديون مثل الدين
المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشئ امر بتسليمه الى المقر له فان
حضر الغايب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان
القول فى ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعى امرا عارضا وهو سقوط الدين باداءه الى الوكيل
والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب
على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا فى يده لان غرضه من الدفع براءة
ذمته ولم تحصل له فله ان ينقض وان ضاع فى يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه مظلوم فى هذا الاخذ
الثانى والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضى ان لا يرجع عليه اذا كانت العين فى يده باقية
ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه
من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه قوله الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه
يعنى اذا ضاع فى يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمنه المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال
اضمن لى ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب منى ما ارجع عليك بما دفعته اليك او ضمن الوكيل للمديون
فقال انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل
لان المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين فى زعم الوكيل والمديون لانه غاصب فى حقهما فيما قبضه ثانيا فكانه
قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين
بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه اى يذوب فى كون كل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب فى المستقبل على
المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة وهو ما ادعاه ولم يكذبه ايضا لان دفع التكذيب سيأتى عقيب هذا
ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة
وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له فى دعوى الوكالة
وهذا اى جواز الرجوع فى صورة التكذيب اظهر منه فى الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه
اذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية وفى الوجوه كلها اى الاربعة المذكورة وهى
مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه
مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المؤدى صار حقا للغايب اما ظاهرا
وهو حالة التصديق والتكذيب او محتملا وهو فى حالة التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر
الغايب لان المؤدى صار حقا للغايب اما ظاهرا وهو فى حالة التصديق وقيل فيما اذا كان الوكيل

ظاهر العدالة او مجهولا ان كان فاسقا او مستور الحال فصار كما اذا دفع الى فضولي على رجاء الاجازة فانه لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة لان من باشر تصرفا لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن حصول غرضه
لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المص رح ان الغريم اذا انكر الوكالة هل
يستحلف اولا قال الخصاف رح لا يحلف على قول ابي حنيفة رح ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه
فاذا انكر يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير ولان الاستحلاف يبتنى على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته
عن الآمر لم يصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده
خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبتت الوكالة في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض
الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بمال الغير بحق القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع
والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه
بحق المطالبة بالقبض فان دفعها اليه بحضرة الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع
الرجوع اولا وهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا فلا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه
ودفعها اليه يرجع ان لم يكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه ملكها بالضمان واما الاسترداد قبل
حضور الغائب فغير جائز لما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع
امر بالدفع اليه لانه لا يبقى اي لان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه
نصب ماله وجه بكونه منصوبا كما في كلمة ما . الى في اي شارحا ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد
موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله وجه بكونه حالا كما في منسوبا اليه ومملوكا له وبعده
خزانة وجيء واديه انه ضعيف لان الحال تقييد للعامل وكلمة يجوز ان يكون تقييدا للشافهة اي كلمة في
الشافهة واي قول لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر
في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفقا على
انه مال الوارث فلا بد من الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع
اليه لان المودع ما دام حيا كان اقرار المودع اقرارا بملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق في دعوى
البيع عليه ولقائل ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرها تكرارا
ويمكن الجواب عنه بانه ذكرها هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرها ههنا بقوله
ولو ادعى وهنالك بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض
بعيد المناسبة قال فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكره في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم
في الرجل له على رجل مال فوكل وكيلا بذلك واقام الوكيل البينة عليه فقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه
فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المص رح لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة
كذلك والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى التحليف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه
رعاية لجانبه فان حلف فقد مضى الاداء وان نكل يتبع القابض فيسترد منه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب
والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر يحلف على العلم فان نكل خرج من الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل
يكون نائبا ودعوى لا تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلفونه لانه لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث

عليه واليمين بالاصالة قال وان وكله بعيب في جارية اي اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضى المشتري بالعيب
لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر
الخطأ عند نكول الموكل واما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة
عند ابي حنيفة رح لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطأ بالنكول ولا
يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة واعترض
بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية وقال
البائع لا سبيل له عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا
على الصحة لم يرد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد رح واما على قول ابي حنيفة رح فلا
سبيل للآمر على الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجد دليل وانما كان الجهل بالدليل
المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخر على وجود الرضى من المشتري
وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما
عندهما فقد قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية وفصل
قبض الدين كما تقدم ويرد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان عدم التأخير الى تحليف رب الدين
انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود في مسئلة الجارية لان قضاء القاضي في مثل
ذلك ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر
الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف رح انه يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف
المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فيشتغل بالنظر له اذا كان غائبا قال ومن دفع
الى رجل عشرة دراهم ينفقها ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله
فالعشرة التي انفق من ماله بمقابلة العشرة التي اخذ من الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق قيل هذا
استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرنا من رجوع الوكيل على الموكل
بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن
من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا اي الحكم في
الوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى الشراء بشيء يصلح لنفقتهم ولم
يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال
وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها
ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد
انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا
ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غيرها من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد الموكل
ان يعطي الالف التي دفعها اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين
ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمة الوكيل فلم يجعل متبرعا الا انا استحسنا دفعا لم يرض به
فجعلناه متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالانفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء لا

يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة لم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل
متبرعا فيها قاله ايضا

باب عزل الوكيل

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى
بيان واعلم ان الوكيل ان كان للطالب بغير حضرة المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو
لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه
مثل القاضي فكذلك وان كان فان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا انعقاد للوكالة قبل
علم الوكيل فكان العزل امتناعا وهذا لم يذكره المصنف وان علم فلم يرده حال غيبة الطالب لان الخصم
ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب
مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب
وكيل آخر منه ولم يذكره المصنف رح لانه ولعله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال لما ذكرنا
قوله فصار كالوكالة اي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن
بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل
العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن عن
البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه يصح اذا كان
بحضرة الطالب لعدم رضاه او لا ولو كانا متشابهين لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مداد جواز
العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل العزل في الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته
لما تقدم فكان جائزا واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا اذ لا
يمكن ان يطالب الراهن بالبيع قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه
العزل فهو على وكالته اذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا
به من وجهين احدهما من حيث ابطال ولايته لان التوكيل يتصرف على اعتقاد ان له ولاية ذلك وفي العزل
غير علمه تكذيبه فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا يحتاج والثاني من حيث رجوع الحقوق
اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا
كان التصرف واقعا بعد العزل فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى
الاعادة قال وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيها ان يعزل
الوكيل من غير توقف على رضى واحد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضا الطالب ففي الاول يبطل الوكالة بموت
الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف
وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كل واحد منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يخرج نفسه
عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم للدوام حكم ابتدائه لان التصرف بسبيل
من نقضه في كل لحظة فصار كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فيبتني فكان كل جزء منه عن ابتداء العقد
ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا يبقى الوكالة من هؤلاء لانه لا ينعقد
منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ولا يتقرر بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم

يبطل الحق م

وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل الخيار العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل فلا يبطل
بصورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل امر امرأته لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق
الغير به فلا يكون للدوام حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون
المطبق بكسر الباء وهو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا يبطل به الوكالة وحد المطبق
شهر عند ابي يوسف رح وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من
يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد رح وقال محمد آخرا حولا كاملا
لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا وقال المشايخ رحمهم الله الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة
رحمه الله لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت
فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر اللحاق
وقد مر في السير اي كون تصرف المرتد موقوفا اذ ذكرنا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امرأة فارتدت
فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل فاما التوكيل بالتزويج
فان ردتها يخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل يثبت الوكالة في الحال
ثم بردتها يخرج من ان يكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد
قال واذا وكل المكاتب ثم عجز واذا وكل المكاتب ثم عجز او العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان الوكيل
بالبيع او الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء تام لها بنفسه
فافترقا فكذلك لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم
وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باع الموكل واما اذا وكل المكاتب او المأذون له
بقضاء الدين او اقتضائه فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء
ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكل ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد
العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء وهو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه
لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء
عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط وقد
قال قائل ان يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل
فيما وليه كان للتوكيل جهتان جهة مباشرة وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل
الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فبقي في حقهما واذا وكل فيما لم
يله كان للتوكيل جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان
وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كل واحد منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل
لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل
في المسئلتين جميعا كما ترى فيه ما فيه وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد
به الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كان في
ضمنها هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب قال واذا مات الوكيل

او جن جنونا مطبقا لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل
او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه لان الامر
الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما قيد بذلك لما ذكرنا ان للدوام حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا
لم يجز ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال المص هو هذا عند محمد رح فاما عند ابي يوسف رح فلا يعود
الوكالة وان عاد مسلما لمحمد رح ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا
التصرف في حق الموكل فاذا وكل رفع المانع واما ان يحدث فيه اهلية ولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان
قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض
هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق
عاد وكيلا وهذا يرجع الى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ
ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية
التنفيذ بالملك اي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق وكان الوكيل يملكها
التنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل
الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يتخلف المعلول عن العلة واذا بطلت لا يعود كالملك في المدبر وام
الولد واشار بقوله لحق بالاموات الى ان وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك
فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة
قبل التوكيل وبعده والثانية لم يكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت
ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا يعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن
محمد رح انها تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة
بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي
عاد الوكيل على وكالته والفرق على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بالردة و
بلحاقه وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف رح سوى في عدم العود بين الفصلين
ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا جر
ذكرها في هذا الموضع **قال** ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ومن وكل آخر بشئ
من الاثباتات والاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فان وكله باعتاق عبده او بكتابته
فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امراة بعينها ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن
للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له ان يزوجها لموكله لبقاء
الحاجة وكذا لو وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المامور للآمر يجز وكذا
لو وكله بطلاق امراة فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت عدتها لانه لما بطلت ولم يكن للمامور ان يطلقها
وانما قيد بقوله ثلثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين
بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على
الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع في لغة **قال** لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف

فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه
بعيب بالقضاء فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد
بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع
لانه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء
وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد
زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان
ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه
كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى
ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف
الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي
المعاملات لان المدعى به اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى
به وكونه ملزما على الخصم فانه ادعى على غائب لم يسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء وان
ادعى انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لعدم الالزام وحكم الصحيح منها وجوب الجواب
على الخصم بالنفي او الاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء ودفعا للفساد المظنون
ببقائها وقد دلت الكتاب والسنة على شرعيتها كما عرف **قال** المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها
والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اي الدعوى لا تحصل الا من مدع ومدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى
عليه مسائل الدعوى فان النبي عليه السلام قال البينة على المدعي واليمين على من انكر فلا بد من معرفتهما وقد
اختلفت عبارات المشايخ فيهما فمنها ما ذكر في الكتاب يعني القدوري المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها
والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج
والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة
المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي
من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا ليزيل
به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا وفراغ الذمة على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم
فالمدعي هو من يريد ان يزيل الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان ولعله منقوض بالمودع فانه مدع
وليس متمسكا بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال وهنا قلنا
اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لانه
المديون يدعي براءة ذمته بعد اشتغالها فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يرد بالعكس بان المودع
يتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله
عليه السلام اليمين على من انكر دعوى على المدعى عليه لكن الشان في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق
من اصحابنا يعني اذا تعارضا بحسب الظاهر في صورة فالترجيح لاحدهما على الآخر يكون بالفقه اي باعتبار المعنى
دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة وهو يدعي الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول

قوله مع يمينه ايضا فكان مدعا عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا ها فانه ينكر الضمان والقول
قول المنكر مع يمينه قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره قد ذكرنا ان معلومية المدعى
شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل
كذا كذا درهما او دينارا او كرا لان فايدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان
كان المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة والا
لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ
في التعريف لكونها عن وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك تخصيص فيها ممكن فاذا احضر بحضرة
عند حاكم وما ادعى على كذا وبرها مثلا اخصاه اليه لان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره
في مجلس الحكم على هذا القضاة من اولهم الى آخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله
ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب فاذا
حضر وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى به لما قلنا من الاشارة
اليها ولزم عليه اليمين اذا انكر وعجز المدعى عن اقامة البينة وسنذكر وجوب اليمين عليه في آخر هذا
الباب **قال** وان لم يكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى
مكانها لزم المدعى ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا يعرف بالوصف وان
بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء يعرف بالعين فذكرها يكون مفيدا
وقوله وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا يعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة
تعذرت واغلاق تركيبه لا يخفى قال الفقيه ابو الليث لو يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة
على ان القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند ابي حنيفة لان حق المالك قائم في العين
المستهلك عنده فان صح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا لما جاز ذلك لكون
الواجب في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا
كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكورة
ومن المشايخ من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة
قال فاذا ادعى عقارا حدده واذا كان المدعى به عقارا فلا بد من ثلثة اشياء تحديده وذكر المدعى انه
في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما الاول فللاعلام باقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع
الذي هو فيه ثم بذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولا بد من
ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى فيها استغنائه ينبغي
عن ذكرها ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود
ويكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد
الرابع واشتق الكتاب باعتبار الحد لانه يختلف به اي بالغلط في الحد ولا كذلك بتركها كما لو شهدا شاهدان
بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط
وبهذا الجواب يبطل قياس زفر والترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة

واما الثاني فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى به في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه
انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهدوا انهم عاينوا انه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا
في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك او يعلم القاضي انه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار
قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه للمدعى بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي
باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض
القضاء بعد ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة واما الثالث فلان المطالبة حقه فلا
بد من طلبه وفي عبارته تسامح لانه يؤول الى تقديره فلا بد من طلب المطالبة فتأمل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة
مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا
بالثمن في بيع وبالمطالبة يزول هذه الاحتمالات ومن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ رحمهم الله في
المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق لان العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان المدعى
به حقا في الذمة ذكر المدعى انه يطالبه به لما قلنا يعني قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لان ما
في الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول
كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد
فلا حاجة الى ذلك وفي الجملة لا بد في كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف **قال** واذا صحت الدعوى
بشروطها سأل القاضي المدعى عليه لينكشف له وجه الحكم بانه على وجهين اما ان يكون امرا بالخروج عما لزم
بالحجة ان صار ما هو بعرضية ان يصير حجة حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول
فالحكم فيه ان يأمر بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان
على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به وطلقنا قال الطلاق الحكم لو صح وان كان الثاني
فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية ان تصير حجة اذا قضى القاضي
بها حجة في حق العمل بسقوط احتمال الكذب فيها فاذن لا بد من السؤال لينكشف له احد الوجهين فان
فان اعترف به امره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعى البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب
ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب
وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا من قوله عليه السلام لك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف
لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعى لانه يزعم
ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى اذا كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة للخصم
فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر كما زعم بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب
بذكر اسم الله صادقا ثم انما رتب اليمين لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى لما ادعاه
لان فيه اشارة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجبت اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيطالبه
القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا اقام
البينة بشهودها بعد اليمين في الحال او قامها بعدها ويقوى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر
باب اليمين لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة

اليمين على من [illegible]

وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قال** واذا قال المدعي لي بينة
حاضرة اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح
يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه السلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال
لك يمينه فانه ذكر اليمين بعدما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس
الحكم ومحمد مع ابي يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي رح ولا يرد
اليمين على المدعي لانه عليه السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي
الشركة لانها تقتضي عدم التميز والقسمة يقتضيه قوله وجعل جنس الايمان على المنكرين في قوله عليه السلام
واليمين على من انكر وليس وراء الجنس شيء استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي رح وسيأتي **قال**
ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه
البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي
الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فانه في هذه الصور
تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل انما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى
عليه قلت نعم لانه نوعها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع
والبينة للمدعي فان قلت فلم يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما يجب
عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج
اولى لاثباته زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي رح يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد فيتقوى
اقوى فصار كما اذا اقاماها على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاماها على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضى
لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه
واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد
والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي او اظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر ما
كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته
لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك او تظهر وما هو اكثر اثباتا في البينات
فهو اولى لانها ما شرعت البينات الا لاجله فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد
تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير
موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا
يكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتأسيس اولى من التأكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد
لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فيترجح احديهما
باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة
ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج لا توجب الا اولية الملك وهما تساويا في ذلك
ويترجح ذو اليد باليد فيقضى له وكذا على الاعتاق لان اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فكان

بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد قوله وعلى الولاء بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير هذا اي ان البينتين
في الاعتاق واختيه يدلان على الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد
بحكم يده **قال** واذا نكل المدعى عليه عن اليمين واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه
ما ادعاه عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة
لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك
لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول
بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب
واجب عليه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب اي
جانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض
بان الامام بالنكول يخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم
يكونا رجلين فرجل وامرأتان فالقضاء بالنكول يخالفه وقال عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ولم يذكر
النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له فبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فيتحول
اليمين الى جانب المدعي ولهذا تنتقل في اللعان الايمان من جانب الزوج بشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث
فراشه كاذبا وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص
الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك وما روي عن
علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك وروي عن شريح ان المنكر طلب
منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رض فقال له علي قالون وهو بلغة
اهل الروم اصبت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة
باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال
لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمنا في قوله
ولا يرد اليمين على المدعي **قال** وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني
اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع خفاء
لعدم دلالة النص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قوله لكونه مجتهدا فيه فان الشافعي رح
خلافا فيه لما مر غير مرة ثم العرض ثلث مرات اولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب انه لو قضى
بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط
والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلثة ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح وقوله
هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار
وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما ادعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له
ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك وان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي
قال واذا كانت الدعوى نكاحا واذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد
الطلاق وبعد انقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء العدة للايلاء انه فاء اليها

في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك او اختصما على هذا الوجه في ولاء
العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او والده او ادعت على مولاها انها ولدت منه ابنا لا يختص
الامر جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت
المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد وانكر فانه لا
يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة رح وقالا يستحلف في ذلك كله واذا نكل يقضي بالنكول الا في الحدود واللعان
لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار لما قدمنا يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين
اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه معظما له
ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث والاقرار
يجري في هذه الاشياء فيجعل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ
بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحد فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكر
في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصم في النصف الاول فانكر
البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصم في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا
لرد النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب
في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل
اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول
لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به والجواب ان النكول اما اقرار او بدل لا منه فوجه
الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا لفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار
فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم ينقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض
المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا ينبغي ان يعلم لتظهير المدعي ولابي
حنيفة رح ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا يبقى واجبة مع النكول
وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن الاقرار اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار
السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يرد رقي فدفعت اليه نفسي
يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحت هذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامراة لكن دفعت اليه نفسي
لاستمتاعه لا يصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا اخر اذا استحق ما ادى بعضا كما لو صالح
عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا لكان
ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم
يكن النكول بذلا الرابع العبد الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان بذله غير صحيح الخامس
يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان
بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فصار الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول
انا اخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة
ممنوع بل هو صحيح كما في المهر وساير المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بدلا

بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل
من الماذون بما دخل تحت الاذن كاجراء الماكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا
نسلم ان البذل فيهما غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها اكلة لم يأثم بقطعها وفيما
نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين ولولا جواز الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث
المشهور وهو قوله عليه السلام اليمين على من انكر بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رح لم ينف وجوب اليمين
فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فايدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط
الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود قوله وفائدة الاستحلاف يعني ان البذل
في هذه الاشياء لا يجري ففات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها
لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة قوله ان هذا بذل جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب
والعبد الماذون لان فيه التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا انهما يملكان ما لا بد لهم في التجارة وبذلهما
بالنكول من جملة ذلك قوله وهو حقه في الدين جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة
والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القابض او من جهة الدافع
فان كان الاول فلا مانع منه لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثاني فالمراد به ههنا المعنى
ترك المنع وجاز له ان يترك المنع فان قيل فليجعل في هذه الاشياء السبعة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها
اجيب بان امر المال هين يجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشيا فان امرها ليس بهين حيث لا يجري فيها
الاباحة ويجعل ههنا ترك المنع وفيه نظر لان هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك وفي ذلك شايع في
العبادة والذي ذكرنا في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله اولى
قال ويستحلف السارق اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بانه ما له
عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد رح انه قال القاضي يقول للمدعي
ما ذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال
يقول له دع دعوى السرقة وابحث على دعوى المال قال المصنف رح فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله
يريد به النكول شيئان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامراتان
يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول
بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما
اذا كان المقصود هو المال فان قلت ما فائدة تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فايدة قلت هي تعليم ان دعوى
المهر لا تتفاوت بين ان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد
بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح
فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب
اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه وطالبه
من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال
والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعته

خوة تريد ضربه للمقطع بعي حضانتها وارادت استحلافه فنكل يثبت لها الحق دون النسب وكذا اذا وهب لانسان
شيئا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انا اخ لك يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل
ثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة تمامه لان المقصود ههنا دليل الرجوع اي دون النسب المجرد فانه
فيه تحميل على الغير وهو لا يجوز وحاصله انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في
حق الرجل والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان
دعواهما يقبل من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بدل او اقرار
فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد ومن ادعى قصاصا على
غيره فجحده وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها
ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة
وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان
امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك
لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطاء واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامرأتين
او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم تثبت الخطاء
فلا نقاد وتحقق هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل ابن وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال
فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة
اجيب بان المال ثمة اصل ويتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو
القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو ان يكون شرعيا بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه
والمقتول بصيانة دمه عن الهدر فلم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطاء ولابي حنيفة رح ان الاطراف
تسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا يرى انه لو قال اقطع يدي
فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال
اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف تسلك مسلك الاموال
لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب بعضهم بانه انما
لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للاكلة وقلع السن الموجع لم يأثم فعلى هذا ما نحن
فيه من البذل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين احدهما انه
مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة يندفع بالارش وهو اهون فالمصير
اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف تسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها
فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان
دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه فظهر
مما ذكر ان البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا
امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا
قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر اما ان يكون المدعى عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما

بدا البذل

قيل له اعط كفيلا عن نفسك ثلثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما
جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع
عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل
كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بثلثة ايام فمروي عن ابي حنيفة رح من غير فرق بين الوجيه والخامل
والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد رح انه قال اذا كان معروفا الظاهر انه لا يخفي شخصه بذلك
القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعى به حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك لا يجبر
عليه واما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان
الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب
وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك
زيادة ضرر بمنعه عن السفر وكيفية الملازمة سنذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

باب كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان
كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفة واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه ظاهر وقوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق وهو ظاهر الرواية
وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا اذا نكل عن اليمين لا يقضى عليه
بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم الحبر دعي اليه عليه السلام
الذي قوما مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو
حبرهم فقال انشدك الله اي احلفك بالله الذي انزل التورية على موسى صلوات الله وسلامه عليه ان حكم الزنا
في كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تغليظ اليهود بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان
المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال
الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم اذ كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة
فعند قبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة
وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد هذا
نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع
اولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل
فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف رح الا اذا
عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ان يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت ايها القاضي الانسان قد يبيع
شيئا ثم يقال فيه فح يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلواني رح
ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل
فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون
بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف
العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق واذا ادعت

المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل
يحلف في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل الحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم
الشفعة او سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا من
الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو الاصل لان الشراء اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة
فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع
يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الان او ما يستحق عليك رده او ما بينكما نكاح قائم او
بيع قائم في الحال لان السبب مما يرتفع فالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه وعند ابي يوسف رح يحلف
على السبب **قال** ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه وهذا نوع آخر من كيفية اليمين
وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم
وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المدعي اذا ادعى ان العبد
سارق او آبق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله
ما ابق ما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات
والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكر
الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات
وفي صورة النقض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وخرجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البائع
تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقين الحلف يرجع الى فعل
وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع
المورث فلا يحلف على البتات وان وهبت له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء
سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك
سبب اختياري باشره بنفسه فيعلم ما صنع **قال** ومن ادعى على آخر مالا فافتدى من يمينه او صالح
منها على شيء مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ماثور عن عثمان رض ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى
عليه ذكره في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى من يمينه ولم يحلف فقيل الا
تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر بلاء فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان المقداد
ابن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف فترافعا الى عمر رض في خلافته فقال المقداد
ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما
تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف
وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي
والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان وهو يقول ثم هو لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء والصلح
ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقطه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يحلف
لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال

باب التحالف

على الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى
المشتري انه اشتراه بمائة وخمسين او اعترف البائع بان المبيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام بينة
قضي لها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه
وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة
فمثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال
المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع
نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا وهو
قول زفر رح يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع
بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة [illegible] على قوله
وهو البائع لان المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى
بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول
للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه
جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل منهما على دعوى
الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره
والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بالنقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث
المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم
له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه
بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ولقائل ان يقول
هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان
ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف رحمهما الله آخرا ورواية عن ابي حنيفة رح وهو
الصحيح دون ما قال ابو يوسف رح اولا انه يبدأ بيمين البائع لان المشتري اشدهما انكارا لكونه اول من يطالب
بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو
انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه اولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو
الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف
يقول اولا يبدأ بيمين البائع وذكره المنتقى وابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح
لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ووجه الاستدلال انه عليه السلام خصه بالذكر
واقل فائدة التقديم بمعنى انه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا
اقل من البداءة بها وان كان العقد مقايضة او صرفا بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما **قال**
وصفة اليمين ذكره في الاصل صفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت

للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة باشباهها فلم ولا علم انما قالوا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي انه
فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلبا ٥ او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه
لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت ما يدعي كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة
او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فاما ما ينفسخ كان قائما قال في المبسوط اصل
للمشتري وطئ الجارية اذا كانت المبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا واقرا بالبدل
في الاعواض واذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القبول لثبوته لعدم المعارض قال
واذا اختلفا في الاجل واذا اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا
تحالف بينهما والقول قول البائع وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان
الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا الاختلاف
في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص
عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار في ان العقد بعدمهما لا يختل فلم يكن في
معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن
كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان
التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا
يرى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف وهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط
واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم
باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا ولو اختلفا في
استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكر لكونه معلوما عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى
وان اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال فان
هلك المبيع ثم اختلفا فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب
ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي رحمهما الله
يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدليل الدال على التحالف لا يفصل بين كون السلعة قائمة او هالكة
اما الدليل النقلي فهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما في الحديث الآخر
من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك تميز
الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال ممكن وليس كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع
امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلي فما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه
والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا
فائدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يفيد التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يفيد دفع
المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان
مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا
ولزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاقه

بالآخر جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فاسد الوضع اما الاول فلان قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله عليه السلام
والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس اولى
على انه اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على الشرط واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس
لما سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا
بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس
ماله بعينه ولا كذلك بعد هلاكها الا يرى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل
الالحاق بالدلالة ايضا قوله ولانه لا يبالي جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه
وهو قول بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى
الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس
يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين فهو منقوض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة
فانه في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص
على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد وقوله وانما
يراعى جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن ومعناه ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات
العقد وما ذكرتم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من
موجبات العقد فلا يترتب به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا
حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد بالجواب انه ثبت بالنص على خلاف
القياس وهذا اي هذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات
الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان
لان المبيع في احد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ وهي التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته
ان لم يكن قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما
المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك
بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول
المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له واختلاف هاتين الروايتين
في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ رحمهم الله في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله الا ان يأخذ الحي
ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا قالوا معنى الاول لان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن
وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام وكان تقدير كلامه لم
يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له
معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري
مع يمينه الا ان يرضى البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا آخر زائدا على ما اقر به المشتري وعلى
هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري

وكلام المصنف يشير الى ان اخذ التحالف لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوايد الظهيرية بل بطريق تصديق
المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام رح انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا
بمشيتهما قيل والصحيح هو الثاني لان البايع لا يترك من ثمن الميت شيا لما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة
وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك لان هلاك كل السلعة
لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك
تجهيل في المقسم عليه فلا يجوز ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره والجواب هو الجواب
ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزايها والجميع لا يبقى
بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه ولان التحالف في القايم لا
يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على القيمة وهو يعرف بالحزر والظن فيودي الى التحالف
مع الجهل وذلك لا يجوز ونقض ما ذكرنا ان احد الدليلين المذكورين في المتن لا اثبات المدعي بنفي الفنا
وفيه اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا
في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان
انفساخا ببعض النفقة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند ابي حنيفة رح ايضا دون هلاك احد العبدين
وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة
فهي عقود متفرقة تتجدد فكل جزء من العمل كانه معقود عليه على حدة فتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر
في الباقي والثاني ينفي الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد رحهما الله كما ذكرنا
ثم تفسير التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القايم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف
الى آخره وانما لم يختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم
يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة
الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البايع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة
المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رح فمنهم من قال يتحالفان على القايم لا غير لان العقد
ينفسخ في القايم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القايم بحصته من الثمن
الذي يدعيه البايع حلف وكان صادقا وكذا لو حلف البايع بالله ما بعت القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه
المشتري صدق فلا يفيد التحالف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه
دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري
وان حلفا يفسخان العقد في القايم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به
المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ فلو تعتبر قيمتهما
في الانقسام يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه
نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك
كانت على الضعف من قيمة القايم يجب على المشتري ثلثا ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت
قيمة القايم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسماية وقال البايع على العكس فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب

باتفاقهما

باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكر والطالب توجه نفيه قيمته يوم القبض دون
القيمة في يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسايل الزيادات قال محمد رح قيمة الام
يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة
والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم
القبض وقال الظهير الدين هذا اشكال هايل اوردته كل قوم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يخايل
لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسايل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده
تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما
لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار
قيمته يوم القبض هذا لما تقدم ان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رح حتى
قال يفسخ المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض
هذا ما قال صاحب النهاية وغيره من الشارحين رحمهم الله واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان
يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ
العقد بقي مقبوضا على جهة الضمان فتعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ
العقد في القايم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى
وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وباعتبار
على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ وايهما اقام البينة يقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة فان اقاماها
فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القايم
لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك ثم ذكر المص رح ما هو على قياس تفريع الاصل
ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقيه في ان الاولى ان يقال قول البايع والبينة ايضا بينته مع ان المعهود خلاف ذلك
اذ البايع اما ان يكون مدعيا او مدعا عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين فاما
الكرا الجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك ان كلا من اليمين والبينة يبتنى على امر جاز ان يجمع مع الآخر
باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فيبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ويبنى البينات
على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحالة الواقع على خلاف ما ظهر عنده
ببذل او نحوه او غير ذلك واذا تقرر هذا جاز ان يكون القول للبايع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بحال نفسه وان
يقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة يرجح بالزيادة الظاهرة على ما مر في كلامه فنظر لانه
مثل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو متفرع على المدعى
فان توجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والنايب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة ويكون ذكرها
عن ابانة دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين قوله وهذا اي ما ذكرنا في الاصل يبتني على ما ذكرنا من قول
ابي يوسف رح في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير **قال** ومن اشترى جارية
ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البايع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما
يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البايع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد

الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة
فاوجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة
فسخ في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفروض قبل القبض
والقياس موافق على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في
الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما
اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيع في يد البائع وضمن القيمة قامت
القيمة مقام العين المستهلك فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس حتى
جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة
فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه
معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع
مقبوضا او غير مقبوض قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا
ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة
في باب السلم لا يحتمل لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع
فانها يحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا يرى ان راس مال السلم لو
كان عرضا فرده بالعيب يعني قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا ينفسخ الاقالة ولا يعود
السلم ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة
من رأس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه سقط بالاقالة قبل المعقود عليه
فتعاقبت في اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فالفرق لمحمد رح في اجراء التحالف في صورة هلاك
السلعة دون اقالة السلم واجيب بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك
السلعة يجري في البيع لا في الفسخ قال واذا اختلف الزوجان في المهر اذا اختلف الزوجان
في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور
دعواه بالحجة اما بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة واما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه
منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا
وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة
وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل
وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة
النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف النكاح البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو ليس
بصحيح فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ
العقد والنكاح ههنا لا يفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا
مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه
ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لانه موجبا اصليا ايضا وان عدم

عند انعدام التسمية وهذا على هذا طريق تخصيص العلل والجواب مخلص ومخلص غير معلوم قوله ولكن يحكم
مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف
به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما قالت
لذلك وان كان اكثر مما اعترفت به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان
مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما قالت لذلك وان كان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل
لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحطاطة قال المص رح ذكر التحالف وكلام التحكيم وهذا
قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما
هو بالتحالف فلهذا تقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او
اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان بينهما فهي خمسة وجوه واما في قول الرازي فلا يتحالف الا في
وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل
ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم
مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول
من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية
يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما قلت ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان
يكون اصح فلا كلام فلو ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قال صاحب النهاية لان التسمية يمنع المصير الى
مهر المثل لايجابه واما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بالكم لا تحكمون
قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن
ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر
والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة
النكول فانه اول المستحقين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم اولا ثم التحليف
كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده
الا ان يأتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة
تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن شهد له فالقول قوله وان
كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام رح وهو تخريج الرازي رح واما على تخريج الكرخي رح
فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها
لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال وان اختلفا في الاجارة اذا اختلفا في
الاجارة في البدل اي الاجرة او المبدل فاما ان يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك
او بعد استيفاء بعضه فان اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فان كان
الاختلاف في الاجرة فبينة الموجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة فبينة المستاجر اولى
وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرة وذاك
شهرين بخمسة فان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس

كالثمن والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع
الاختلاف في الاجرة يبدى بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الاجر
لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الاجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب
بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمنع الاجر من تسليم العين
المستاجرة لان تسليمه يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف
في المنفعة بدى بيمين الاجر لذلك وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل
محمد رح لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء
منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان
المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما ان لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فلا يكون ثمه قيمة يرد عليها
الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد
فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها وكانا لا
بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع
الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق
بخلاف البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل **قال** واذا
اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح
وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع
ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى
ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان ولابي حنيفة رح ان الكتابة عقد معاوضة
ويجب بها البدل على العبد في مقابلة فك الحجر حتى اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت
الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد
والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة لحال العتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع
عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون الحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا
مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول
قول المنكر **قال** واذا اختلف الزوجان في متاع البيت اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما
يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية
وهي المعجر وهي ما تشد المراة على استدارة راسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقي الخمار والملحفة فهي للمراة
مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء
والحلي والخلخال ونحوها فلا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المراة تبيع ثياب الرجال
وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج
والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهرا اقوى منه وهو يد

الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل النساء
فاذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة
والعطارين وهي في ايديهما فانها يكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد
بما هو بالاستعمال لا بالشبهة ولم نشاهد استعمال الاساكفة آلة العطارين ولا شاهدنا كون هذه الالات في
ايديهما على السواء فجعلناها نصفين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان
مات احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت وهذا
الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة
فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا
قوله وقال ابو يوسف رح يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما واما في للزوج مع يمينه لان
الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى بجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج واما في
الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال
محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يصلح لهما فهو للرجل ان كان حيا او لورثته
ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد
وهذا بالنسبة الى الحياة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث
وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان الحر اقوى لكون اليد له في نفسه من كل وجه ويد
المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة
يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمراة لذلك وللحي منهما بعد الممات حرا كان او مملوكا هكذا وقع في بعض نسخ
شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة رحمهما الله وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة
وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والصحيح اختاره اختيارا للعامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت
فخلت يد الحر عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة
الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما
في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك
في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك
فلا تعارض بينهما **فصل فيما لا يكون خصما** اخره ذكر من لا يكون خصما عمن يكون
خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلنا
نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي **قال** وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه
اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او
غصبته منه او آجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا
تندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى رح يندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا
فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فلا قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فانما اذا قالوا
اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل

الاول لا تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد رحمه الله وكالاول عند ابي حنيفة رحمه الله
وبين خمسة اقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفاً
وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينة ان يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك
فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينة الملك للغايب واثبات الملك للغايب بدون الخصم متعذر
اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر
متعذر والجواب ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغايب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة
عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا اقامت
البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغايب كما تقدم ولئن سلمنا
البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغايب انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ
لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر فيه ووجه قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار
يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وهو
يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من
ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات الاقرار بنفسه ببينته وهو غير
معهود في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف رحمه الله
ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال
لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبلها واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم على المعلوم
على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فلانه شهادة قامت بمجهول والثاني فله وجهان احدهما احتمال
ان يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفه والثاني انه ما احال الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت
الخصومة تضرر المدعي واما الفصل الثالث فوجه قول محمد رحمه الله فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله
الى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا اعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال
لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة
غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين ان المودع غير المدعى عليه فاذن الشهادة تفيد ان
يده ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم
المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن
قول محمد رحمه الله لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما جاء من نفسه حيث نسي
خصمه او من جهة شهوده المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يده كذلك
عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما
اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد
لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى
يقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين

كانت في يده وديعة لا يتبين ان الذمة كانت لغيره فلا يخرج عن الخصومة قال وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم واذا
قال المشتري للمدعي عليه اشتريته من فلان الغايب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبت
هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده ولهذا
صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره
بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا يصح الدعوى على
غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة
اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه لم تندفع
الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار
كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده
الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم يندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله
سارقا فانتفى وجه الدرء اجيب بان درء الحد انما يكون اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان لو ظهر فيه
بعد ذلك بيقين انه يقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة
عنه ولم يقض بالعين للمدعي حتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل ان تصل العين الى
المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا يحتاج الى كتمه وان قال
المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان
اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة ان
فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين قال
واذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها
بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وهي من قولهم تهاتر الرجلان بكسر التاء وهو الساقط من الكلام والخطأ فيه وفي
قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز
متعذر فيمتنع العمل بكل واحدة منهما او يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب
ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي
رضي الله عنه ان رجلين تنازعا في بعير بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فقضى به رسول
الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن ابي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما
البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء
نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسول الله عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة
انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار ولان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ابتداء
الحيلة لمن خرجت ثم كان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمارا فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما
بيقين لان المطلق للشهادة في كل واحد منهما محتمل الوجود فان معتمد الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة

لان ذلك غيب لا يطلع عليه الشهود فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر
اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون
المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق قال ـــــ فان ادعى كل منهما نكاح امرأة ودعوى نكاح المرأة
من رجلين اما ان يكون متعاقبة او لا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان يقر لاحدهما او لا فان اقرت فهي
امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثمة بينة فمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت لغيره لان
البينة اقوى من الاقرار وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها او لا فان كان ذلك فهي امرأته
لان النقل الى بيته او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل
لان الصريح اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض لواحد منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق
المرأة لاحدهما فان اقرت له انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين
ولقائل ان يقول قول صاحب الوقت الاول اولى ليس بحق لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا
يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فينبغي ان يجوز ان الاول طلقها فتزوج بها الثاني والجواب
ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا آنفا ان
الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول لحكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة وان كان الاول قد ادعى
احدهما والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر واقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء
الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعى الثاني سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطأ في الاول
بيقين قوله وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج مزينة قال ـــــ ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
من هذا العبد عبدا في يد رجل ادعى ثالث كل واحد منهما انه اشترى من هذا العبد قال المص معناه من صاحب
اليد احترازا عما سيأتي بعد هذه المسئلة واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما
في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذي
يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه ولعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قيل
كذب احد البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلا في وقت واحد فينبغي ان يبطل
البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم
اعتمد سببا في وقت اطلق الشهادة به فان قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر
ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد به والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا
يعود الا بتجديد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجيب بانه وهذا لانه خصم فيه اى في
النصف المقضى به لظهور استحقاقه بالبينة لكونه بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي بالقضاء
عليه حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعى الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وهو زوال المانع وهو مزاحمة
الآخر وهو احسن حيث يكون له ان يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين نقلا عن مبسوط
شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه

[illegible]

الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احديهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت
ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكرا تاريخا ومع
احدهما قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احديهما ان
الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما يرجع البعد بعدية زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض
القابض وشراؤه عنه حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض يبنى
على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض
فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير
القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون فلا تنتقض اليد الثابتة بالشك وطولب بالفرق بين
هذا وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى
والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمة محتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة
الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكر الآخر يعنى بينة الخارج وقتا
فذو اليد اولى لان بذلك الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان
تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فانه
ينقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا قال المص
معناه من واحد احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى
لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض
فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما
الشراء والآخر الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشراء اقوى واذا ادعى
احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل
لا نسلم التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره
ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المآل اي بما يظهر اثره في ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة
الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المآل لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اى الحكم
بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض
لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند
البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع فيفسد كاقامة البينتين على الارتهان قيل
قيل هذا قول ابي حنيفة رح واما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف
على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له
بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك فيهما بالقضاء
ويكون الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها قال ـــــ واذا ادعى احدهما الشراء اذا ادعى احدهما
وادعت امرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولو يقيد تاريخا او ارخا وتاريخهما على السواء فيقضى بالعبد بينهما لاستوائهما
في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه والمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشترى عليه

بنصف الثمن ان كان نقد ايا موهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى لان العمل بالبينات مهما امكن واجب وكونها
تجدد من باب الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجز المرأة وان قدمنا الشراء صح
العمل بها لان التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة اذا لم تجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب على الزوج
القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح كما قال محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر
ولم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين واذا ادعى رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا
وأقاماها فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لم يثبته فكانت بينة
الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان
اقوى من عقد التبرع ولا يرد الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان
البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقاما الخارجان البينة
على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك
الا من جهته والغرض ان الآخر لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح آخرا وهو قول محمد رح اولا
ثم قال محمد رح يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما دون الآخر ففي الزيادات عن ابي حنيفة
انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول
ابي يوسف رح يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد رح يقضى لمن لم يؤرخ لانه يدعي اولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ولو
ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء قضي بينهما وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق
فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشترى
من غير المالك فكان باطلا وقيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البائع واحدا او اثنين
وانما التفاوت بينهما اذا وقت احدهما دون الآخر على ما سنذكره بعيد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه
زيادة فائدة فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة عبد في يد
رجل ادعاه رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراه من صاحب اليد بكذا وترتب عليه الاحكام وان اقام كل واحد منهما
البينة على الشراء من آخر فان اقام احدهما على الشراء من زيد مثلا والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا او [illegible]
سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا
من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقت احدهما دون
الآخر قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان
البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان اذا ثبت الشراء
كالثابت عيانا ولو عاينا بيع الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدمه شراء غيره
ولقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسألتين ما ذكره من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما
الباقي فمشترك بين المسألتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت
له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء فيحكم به والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان
واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان
تقدم ملك فتعارضا فترجح بالوقت واما اذا كان مستعددا فكما جاز ان يتعاقبا جاز ان يتعاقدا في

ذلك

ذلك تعارضا ايضا فيضعف في الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض
من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضي به بينهم ارباعا
لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق الباعة بطريق التغليب
لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم **قال** وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ واقام
الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
وهو رواية عن محمد رح وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد رح روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وقال
بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره
الا للنتاج لان النتاج دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا
لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الاخرى
فان الاسبق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان
الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة
فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكره ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه يندفع الخصومة وقدمه
من قبل هذا في قبول بينة ذي اليد على ان العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة
ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينته بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة التاريخ على
معنى انها لا يبقى الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما
كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح لا معتبر بالوقت لما بينا
من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى
لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخ احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي
اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع
الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احدهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقى من جهته لامكان ان الاخرى لو وقت
كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما
فاقام احدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف رح
قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما يقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لم يقل بذلك والا لزمه
المسألة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسألة بحالها
ووقت بينة احد الخارجين في ملك المطلق دون الاخرى فهما سواء يقضى بينهما نصفين عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل
استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ
ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية فالترجيح
باليقين ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه اي يزاحمه عدم التقدم لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من
حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك ولاحق من حيث ان دعوى ملك المطلق يحتمل التملك من جهة

الاخر عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحتمال من وجه كان المؤرخ ايضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار قوله بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح ومعناه انهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد البينة بالنتاج فذو اليد اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا فهي اولى قوله وهذا اي ما ذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح احترز به عما ذهب اليه عامة المشايخ رحمهم الله خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة من اثنين غير متصور فكذلك وذكره وجه صحة ذلك ان محمدا رح ذكره خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي تيقن بكذب احد الفريقين ما ذكر في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء على ان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال عن الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والقاضي يظهر في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل واحد من الخارج وذو اليد الملك من رجل فكان هناك بايعان واقاما البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه فيقضى به لذي اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى به لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان اعاده ذو اليد قضي له لما تقدم ان بينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل

بينة

بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عند وقت القضاء فيترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عند حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي البينة فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة وقد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه انما تركنا به القياس لما روي ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي في يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه فالا يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا بانه صنعه او مرعزا وهي كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا بانه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى به لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما يتكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى ثم ينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خز او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما ذكرنا واما البناء فيه فان البناء يكون مرة بعد اخرى وكذلك الغرس والحبوب يزرع ثم يغربل التراب فيميز الحبوب ثم يزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل الخبرة ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج كان فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال واذا اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه فذو اليد اولى لانه ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه ولا تنافي فيه وهذا صار كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه واذا اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال المص وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يقضى بهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا يعكس اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باع اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده وظاهر ان الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما نقضي له بملك مستحق للخارج فلم يكن السبب مفيدا للحكم بالنسبة اليه

وان اقام خارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد اولى [illegible]

فبقي القضاء بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما
اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح
للوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاصان الوجوب
بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار
ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تتهاتر الشهود فكذلك هنا
وعند محمد رح باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ
حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الآخر في الثبوت
تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن
امكان العمل بها وههنا لم يمكن وان وقتت البينتان في العقار وقتين فاما ان يكون وقت الخارج اسبق
او وقت ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض او لا فان كان وقت الخارج اسبق
فان لم يشهدوا بالقبض يقضى بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فيجعل كان الخارج اشترى
اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى بها للخارج لعدم
صحة البيع قبل القبض عنده فيبقى على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لانه
يجعل ان الخارج باعها منه بعدما قبضها وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد
اسبق يقضى للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا به فلا اشكال
واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج ولم يسلم اليه والمص رح
جمع الوجهين في قوله فيجعل اثبات القبض قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة
فان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في
حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان خبر الواحد لا يترجح بخبر آخر
ولا الآية بآية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة
كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا يترجح
بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل قال
وان كانت الدار في يد رجل فادعاها اثنان احدهما جميع الدار والآخر نصفها واقاما
البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة
وعندهما هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك عند ابي حنيفة رح ان المدعي
بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والغرماء
لاصحاب الثلث فادونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والذي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه
حال المزاحمة كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين
كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق
المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة
بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذا الاكمل الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق

لما اتفقوا على العول فيما العول في التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانه
وجب بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة وما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي
اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد
من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع وما افترقوا فيه مسئلتنا فعلى اصل ابي حنيفة رح
سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي يحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت
القسمة على طريق المنازعة فنقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف
الآخر كل منهما يدعيه ووقعا قاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان
هذا النصف بينهما نصفين فيحصل لصاحب الجميع ثلثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق
كل واحد من المدعيين في العين على معنى ان حق كل منهما شايع فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم
فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد
له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا
ولهذه المسئلة نظاير واضداد لا يحتملها المختصرات قال المص رح وقد ذكرناه في الزيادات فمن نظايرها
الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه
احد المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند
ابي حنيفة رح بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فذكر الاصلين المذكورين يسهل
عليك الاستخراج قال ولو كانت الدار في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من
المدعيين ينصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج
اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي
عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء
وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى فيقضى له بذلك
ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك
في يده قال واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت
عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة
الحال فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ
لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي بها لذي
اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة
بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ تهاترت البينتان ويترك الدابة في يد ذي اليد قوله
وان خالف سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين
وذلك مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع ايضا فيترك الدابة في يد من هي في يده
قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة كذا في المبسوط الاصح ما قال محمد رح من اصحابنا وهو ان يكون الدابة
بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين

اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في
اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا
في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطل البينتان وبقيت في يد ذي اليد وقد اتفق
الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى
ابو الليث عن محمد رح انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين واذا كان مخالفا للوقتين لا
يقضى لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله وينظر
الى مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها
على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما
بغصب والآخر بوديعة فهما سواء لان المودع لما جحد صار غاصبا والتنادي في سبب الاستحقاق لا يوجب
التنادي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لان الاول
اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لا يلتفت الى اليد **قال** واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها
والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب مختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان
كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية عن
النوادر واما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج حيث كانت بينهما لا
واحد لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف
واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير غاصبا
ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء
لان اليد على البساط انما هو بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه
فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في ايديهما وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا
ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بعينه لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد
فيها قد يكون بالاختطاط وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي يثبت يد المختط فيها لم
يتحول الى محل آخر فكان يد ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا تجوز القضاء للغير لان شرط
جوازه العلم بان المدعي ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد وان كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو
بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا
ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والآخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا
وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان صبي
في يد رجل يدعي رقه فلا يخلو اما ان يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه او لا فان كان الاول فاما ان يعرف انه عبد ذي
اليد او لا فان كان الثاني فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتايد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال
انه عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد ذي اليد لانه اقر انه لا يد له على نفسه باقراره بالرق فيقبل الاقرار ولان الرق
من المضار لا محالة والاقرار فيها غير موجه كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين واجيب بان الرق

اصل

اصل ثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا يتعين عليه وعند عدمها يتعين فيكون القول
قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان في يده وان كان الثاني فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه
كان كمتاع لا يد له على نفسه واعترض بالملتقط اذا ادعى رق اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من
العوارض لان الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن
الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت يده
من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذكر
بيانه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق
عليه في حال صغره واذا كان الحائط لرجل واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل
بنائه ولآخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان
الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية وردوك فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كما اذا تنازعا في دابة
ولاحدهما عليه حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة
لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او
آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان
كان من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا في الاخرى واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا
وهذا لظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم ان مراد الاتصال ما يكون اتصال
مجاورة وملازقة وعند التعادل اتصال التربيع اولى وقوله والهرادي ليس بشيء يعني قول محمد رح
في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه
انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط
لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا
عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي
يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما الآن فيقضى بينهما ولو كان لكل منهما جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما
ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة كما يبنى للاكثر
منها وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه وفي رواية كتاب الاقرار
حيث قال الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع وهو مقصوده
يعني وقد اشار اليه المص رح وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان
الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية
قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيوت وصاحب بيت
كما سنذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع
القيل الاول واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة
قوله والقياس رجع الى قوله فهو لصاحب الثلثة الى آخره يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون

الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من
جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم لكنهم استحسنوا في الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية وهو قوله
لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه
الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له
حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذعين
كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان
بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما
جذوع وللآخر اتصال وعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع
صاحب الجذوع والاتصال التربيع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لان صاحب التصرف
وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى وممن رجح شمس الائمة السرخسي ويروى ان الثاني اولى
لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل
بالاشتراك ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك
بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذه رواية الطحاوي رح وصححها الجرجاني رح ولو كان الاتصال
بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على عامة المشايخ رحمهم الله وهكذا روي عن
ابي يوسف رح في الامالي واذا كان في يد رجل عشر ابيات من دار وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما
نصفين لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور ووضع الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها
ولا معتبر بكون احدهما اكثر بيوتا لان الكثرة ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق
بينهما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبة حيث يلغى صاحب الهدب واذا تنازعا
في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة
واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي منه
وفي الشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيقسم له
على كثرته حتى له فيه واما الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا
نظير تنازعهما في سعة الطريق ومضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار قال واذا ادعى
رجلان ارضا اذا ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما
حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم بما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة
لتعذر احضارها لا بد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده
لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحين يثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم
باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شهدها كانت بينته مقبولة وقد
اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود فجاز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام
الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة
وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي اذا كانت الدار في ايدي ورثة وحضروا

اقروا

اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى
يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه قسمها
بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة
بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى
ذلك وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا
لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ظهور حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل
واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي في يده ونصفها الذي
كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا ارضا صح آه انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك فاحدهما لبن فيها
او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس
في الثوب باب دعوى النسب لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان
دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه قال واذا باع جارية فجاءت بولد
اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع
او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده
او ادعيا معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وامه
ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان
في دعواه مناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها واذا لم تكن الدعوى صحيحة
لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان ان اتصال العلوق في ملكه وذلك
شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير فيها وفي ولدها
قوله ومبنى النسب على الخفاء جواب عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء تكون العلوق
منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمرأة اذا اقامت البينة بعد
الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلثا واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع
ام ولده وذلك غير جائز فينفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري
وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب بغير
حق والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما
ثبت نسبه من المشتري وان ادعياه معا يثبت النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى
وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين
دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع اولى قوله وهذه
دعوة الاستيلاد جواب دخل تقريره كيف يصح الدعوة والملك معدوم ووجهه انها دعوة استيلاد وهي
لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانه لا يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى
المشتري بعد البائع لاستغناء الولد عن النسب وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما
ان يصدقه المشتري او لا فان كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق

بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد او بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا
يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا يصير
ام الولد واذا لم تصح ام ولد لم يبق الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك ولو
ادعاه المشتري وحده صح دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي
وان جاءت به ما بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال
ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام
ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوة
صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمل اولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد
حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى
لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة واما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع لاقل
من اقل مدة الحمل ولا لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البائع وحده لا يصح بغير
تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوى المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك
البائع وان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد
عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت لاكثر من اقل المدة كان النسب
للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل ان جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه
واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا
ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب
من كل واحد منهما قال فان مات الولد فادعاه البائع الاصل فيه ان اذا احدث في الولد ما لا
يحتمل الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفي ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد
جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته
الى ذلك فلا يتبعها استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت نسب
الولد واخذه لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها ولان الثابت
لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة ولم يضر فوات التبع ويرد
الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على ان مالية ام الولد غير
متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر المصنف رح رواية
الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البائع الولد
فانه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب
الولد سقط عنه وعندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة
اذا لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر الفرق استطرادا فانه كان معلوما من مسئلة الموت والاصل في هذا
الباب اعني بثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام

في ذلك كما تر وفي الفصل الاول يعني فيما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد وهو في التبع
وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون
العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة
امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضرورة اي ليس
ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور
وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب
من ابيه وليست امه ام ولد لابيه وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي
امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع
ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد فيه وفي التبع قوله واما كان الاعتاق مانعا لان
عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه ان الاعتاق من المشتري لحق استحقاق النسب اولى
وحق الاستيلاد في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس لعمل احدهما على عمل الآخر ترجيح
من هذا الوجه ورد بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري
احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق
واجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما في الحكم بصيرورته حر الاصل
ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كانا كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق
في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه
بانه ان ثبت العتق في الآخر لزم ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب
في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به قوله ثم الثابت
بيان ترجيح الاعتاق على الاستحقاق فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الولد
حق الدعوة في الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو
فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو
جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى والجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب
عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو
مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا
يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله وقوله في الفصل
الاول يريد به ان ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من
الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر
شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بحصة الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما
بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها ام ولد حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق
زعمه معتبرا واما في فصل الموت فبموتها لا يجب الحكم بخلاف ما زعم من البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد
جميع الثمن والذي اختاره المصنف رح هو ما ذكره شمس الائمة رح في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة

لما وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يستند كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية وهذا لم يبطل اعتاق المشتري
قبل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري لا حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب
بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه
البائع وقد استهلكه بالدعوة قال ومن باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه
المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض وما للبائع من حق الدعوة
لا يحتمله فينتقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة
لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض لاجله ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف
ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري
لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى
يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فانى المرجح
ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجح
دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم
له فلا حاجة الى الثانية ومن ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وكذا رواية الجامع
الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب الآخر بعد اعتاق المشتري قال بعض الائمة
يجوز ان يقال غلامان توأم وتوأمان قوله ويبطل عتق المشتري قال شمس الائمة وان كانت الرواية
بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام
فيه سؤالا وجوابا قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني
على تقدير تصحيح الدعوة من البائع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وهنا كذا اي في مسئلة
التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشترى تبعا لحرية حرية الاصل لا حرية التحرير والضمير
في لحرية راجع الى المشترى بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير للمشترى كذلك وقوله حرية الاصل
بدل من قوله لحرية وانما ابدل به اشارة الى سببها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف
محلا فكان خليقا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المشتري يثبت نسب الذي عنده
ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان
قوله هذا ابني بمنزلة قوله هذا حر وهو دعوة تحرير ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا
دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوأمين وابوه الآخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت
نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب
بان ذلك لمعنى آخر وهو ان المدعي اذا كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب قد
ملك حافده فيعتق عليه فالانكار يصح مع دعوة التحرير قال واذا كان الصبي في يد رجل فاذا كان الصبي
في يد رجل اقر انه عبد فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم يصح دعوته في وقت من
الاوقات لا حالا ولا استقبالا اما حالا فالانتظار لوجود المانع وهو تعلق حق الغير واما استقبالا فلان الغائب
لا يخلو حاله عن ثلثة اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول وان لم يصح

دعوة

لا يصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له وفي الوجه الثاني لم يصح دعوته عند
ابي حنيفة رح خلافا لهما قالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد وهذا اذا انكر على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا
لو قال له فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر
المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه
بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه
لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال
تكذيب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار
به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن بشيئين خروج المقر عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار
بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وتكذيب العبد لا يبطل شيئا منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يمس
جانبه لما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر
الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد
لنفسه فانها لا تصح وكذلك اورده المص رح وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف لا يقبل عند ابي حنيفة رح
خلافا لهما قوله ومسئلة الولاء جواب عن استشهادهما بها بانها على الاختلاف فلا ينتهض شاهدا سلمنا
ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا
يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض
عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا المحل لوجود
شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا في حيلة
على اصل ابي حنيفة رح في منع بيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب
لغيره قال واذا كان الصبي بيد مسلم ونصراني واذا كان الصبي بيد مسلم ونصراني فقال
النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح
يستدعي التعارض ولا تعارض هنا لان النظر للصبي واجب وهو فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف
الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم به تبعا
وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى
ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا يرى
كفارا بانهم مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان
او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم
يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب ابا لانه دعوة لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث
الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت اقوى من المانع وكفرانه بالجحود والاصل عدمه الا يرى
الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وترك الحضانة لا يلزم منه رق فيقطع منها بخلاف ترك النسب هنا فانه
المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة بهذا والله اعلم بالصواب فلو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم
اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين وفي فصل غلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما

وادعاه مسلم وسلمة انه ابنها ام

واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان
البينتين وان استويا في اثبات النسب من اثبات النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه
لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران
بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب
انه يقوى بقوله عليه السلام البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه قال واذا
ادعت المراة صبيا اذا ادعت المراة صبيا انه ابنها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة
فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه يثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى الحجة وان
كذبها لم يجز دعوتها حتى يشهد بالولادة امراة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة
وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح
ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى الحجة كاملة عند ابي حنيفة
الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امراة واحدة وقد مر
في الطلاق وان لم يكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمراة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لا
والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله الا بالبينة والمراة
يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه
اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيها ولو
كان الصبي في ايديهما اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر فالقول قوله ايهما صدقه يثبت نسبه منه
بتصديقه وباقي الكلام ظاهر قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا ثم استحقها غرم الاب قيمة الولد
ولد المغرور وولد المغرور من وطئ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم يستحق الوالدة وولد
المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل
ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب يفك الغلام
بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها
وقال علي بن ابي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا
بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا
للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل بلا
سبب الضمان لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة امانة لا يضمن
الا بالمنع وتعتبر قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع فانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام
المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال
لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق
في حق المدعي لانه علوق حر الاصل في حق فيرثه المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قلنا ان التخريج
ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وانه لو قتله الاب يضمن قيمته لوجود المانع وكذا

لو قتله

لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع
بما ضمن من قيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبايع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع
اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن البايع وهو الام لان العقود شملها بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه
لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته

كتاب الاقرار

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما ذكر بعقبه من الكتب من الاقرار والصلح
والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه فامره لا يخلو
اما ان يقر او ينكر والانكار سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من
المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بالمال
لا يخلو اما ان يسترح منه او لا فان استرح منه فلا يخلو اما ان يسترح بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه
بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله وذكر هنا استرباحه بغيره وهو المضاربة
وان لم يسترح فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات
فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة قال اذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان
في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه سنذكر
في اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر
لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقوله عليه السلام الاقرار لا الزام به في باب الحدود فانه عليه السلام
رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره
اولى وهو حجة قاصرة اما حجيته فلما بينا انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره
وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح
جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد المنافي
لصلاحية الحجية وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار
ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر
والعبد لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه
فلا يرد عليه شيء ويصح ان يقال ليس بمعتمد وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقاريرهم بالحدود والقصاص
وبين المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له وقوله لان اقراره الى آخره دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره
للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه المقصود الحجة
بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين
التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونها
معه بخلاف الحد والقصاص لان العبد فيهما يبقى على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان
وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الادمية والادمية لا
تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا
كان الصبي مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما لان جهالته لا تمنع صحته

لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها
او يبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا ونوقض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق
للمدعي والحق قد يلزم مجهولا فالشهادة قد يلزم مجهولة وليست بصحيحة اجيب بان العلم بالمشهود به شرط
بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا
وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد منا الف واذا اقر بالمجهول قيل له بين المجهول لان التجهيل من قبله فكان اليه البيان
كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الموحدة
وفي بعض النسخ بصريح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه
اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ما له قيمة
مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا كحنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له اولا
فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان
علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان
المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق
والاول اصح لان الغصب اخذ مال متقوم لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين
في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار
او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه
يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب
ان ذلك حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة

قال ولو قال لفلان علي مال فاذا قال في اقراره لفلان علي مال فالمرجع في البيان اليه لكونه المجمل ويقبل
قوله فيما بين الا فيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو
قال مال عظيم كما اذا قال فهو بعض الاول وقلنا العادة لوصفه بالعظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما
عند الناس والغني عظيم عند الناس والغني بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان به فان بين
بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من
جنسه وفي الدنانير بعشرين مثقالا وفي الدراهم بمائتي درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب
وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه
انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم يقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل هو
الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه
الزكوة قال في النهاية والاصح ان قوله ان ينبني على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف
ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع
ولذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثة
عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والفرق فيما يختلف فكم من شيء كثير
عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبما قل منه كما في السرقة والمهر وبالمائتين

اخرى كالزكوة

اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا من اخذها وبالاكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فيعمل
بقوله دراهم وينصرف الى الثلثة فلا امكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو
حنيفة ان الدراهم مما يقع به تمييز العدد واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعدها يميز بالمفرد
يقال احد عشر درهما ومائة درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل
بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق
لانه اقل الجمع الصحيح لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف
الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا في الشرع

قال ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل فيه استعماله اعتباره بالمفسر فالنظير
في الاعداد المفسرة يحمل على اقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال
له علي درهم واذا قال كذا كذا كان احد عشر وان ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان
احدا وعشرين وان ثلثه بالواو كان مائة واحدا وعشرين وان ربع يزاد الف ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين
لان علي للايجاب وقبل ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر بهما بقوله وديعة صدق ويكون امانة
لا يجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير من وضع فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف وفي نسخ المختصر
القدوري قوله قبلي انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمها حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين
والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري ثم
يذكر ما ذكره في الاصل لان الهداية شرح مسائل الجامع الصغير الا ان المذكور هو الصحيح فقدمه في الذكر
ولو قال عندي او معي او في بيتي او في يدي او في كيسي او صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار
بكون الشيء في يده واليد يتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا كان له قبلي مائة
درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما
يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الوديعة حمل الاعلى على الادنى
وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعا لما دونه اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا فكان اعادة
بصريح لفظ فلا فرق كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكانه قال الا تزن الالف التي لك
علي كان الجواب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه
مستقلا فكانه قال اتقعدون انا للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة او نقادا وانقد للناس
دراهم واما في قوله اجلني فلان التأجيل انما يكون في حق واجب واما في قد قضيتكها فلان القضاء يتلو الوجوب
ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي
او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف الى سنة وقال
المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده
لغيره وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة
في الدراهم فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكر
على انكاره ان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة

واحدة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه المجمل وهو القياس في الدرهم وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والمبهم محتاج الى التفسير ولا تفسير لها هنا لان الدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلث اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صارا كعدد واحد **قال** ومن اقر بتمر في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر او ثوبا في منديل وطعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزمه الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصح ظرفا للاول لغا آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وكذا اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانهما بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد رح يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى غصب العقار والمنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت تزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه تعلم من الاصل المذكور قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عنده رحمه الله مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة قوله على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه والوعاء الذي هو ليس بموعى هو واحد ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا او تعين اول كلامه محتملا يعني ان يكون في معنى البين قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلت الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وما في كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل

على حدة والحق بها مسئلة الخيار تبعا لما في المبسوط **قال** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر لحمل فاما ان يبين سببا او لا فان بين فاما ان يكون سببا صالحا او لا فان كان صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصور هذا من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وصح عند محمد رح لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف رح ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ بالشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير به لانه المراد في العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد اوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه وقد علم بوصية مورثه واذا احتمل ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالاقرار صحيح فلزمه بوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي وشرط الخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر اذا كان صادقا بمطابقته للواقع فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وتمامه في العقود لتتغير به صفة العقد بتخيره بين فسخه وامضائه

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط فالاستثناء استفعال من الثني وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي وهو لا يصح اخراجه **قال** ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال فلانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جوازه ان تاخر وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر

وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم يتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا
نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل
بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار
وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح
قال المصنف رح في الباب الاول من ايمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين
ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال
الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول
امكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ
فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما
اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ
على المعنى واسا فاوجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا يرى انه لو قال انت طالق ست تطليقات
الا اربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد
على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا فكان اعتباره اولى ولو قال له علي مائة
الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا
لمحمد رح ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي رح وقوله فيهما في قول محمد والشافعي رحمهما الله
يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير
مقدر لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس
وللشافعي رح ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف
اللفظي وكلام المص رح كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عندنا ففيه نظر
وهو الحق وفروع اصحابنا رحمهم الله كلها على انها ليست شرطا وعلى ان الاستثناء عندنا تعارض الصدر
وليس من شرط المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان
الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه
ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول
ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير
فظاهر واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا ومؤجلا وجاز
الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي لقلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما
دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار تقديره مستثنى
من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او هو بمعنى
السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من
الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقايل ان يقول ما ليس بثمن

لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات بقدر
الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا
من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات
قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار
لان الاستثناء بمشية الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف رح او تعليق كما هو مذهب محمد رح وثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا قدم المشية فقال ان شاء الله انت طالق فعند ابي يوسف رح لا يقع الطلاق لانه ابطال
وعند محمد رح يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع
وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه اذا كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل
التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة وانما
لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم
اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه
دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم قال
ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار
والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى من متناول لفظ
المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ الدار لم يتناول البناء
مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل
يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخل
في البستان نظير البناء في الدار لانها يدخل فيها تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا
بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق الثلث في بيع الدار سقط حصته
من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا منها
بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة
عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض لاصالتها دون البناء لفلان والبناء لا يتبعها بخلاف
ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء
كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس
والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الآخر كالارض والبناء فان كان
لشخص فظاهر فان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما
قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع
فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا
اقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع
كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لانه في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه
فيصح قال ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته

منه لم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان الاول فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له ويقال له ان شئت
سلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت بالعيان معاينة وفيه نظر
لانهما اذا تصادقا وجب البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له لا
ان ذلك حكم بما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد
وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال
لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما
لو قال لك علي الف غصبته منك وقال الآخر لا بل استقرضته مني ولا تفاوت في هذا بين ان يكون العبد في يد المقر او
المقر له والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وفيه لا يلزم المقر شيء لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد
فاذا لم يسلم له العبد لم يلزم المقر بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر او يد المقر له فانه
اذا كان في يد المقر له ياخذ العبد ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع
آخر تحالفا لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكره
واذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق
في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل او فصل لانه رجوع عما اقر به فان اقراره صح رجوعا الى كلمة
على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة
العقد او طارئة كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاف بما يوجب هلاك المبيع لعدم القدرة
على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك
رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة او لا
فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سياتي فان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل
فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان اول كلامه موجب وآخره قد يغيره لانه يحتمل انتفاؤه على عدم القبض
فكان بيان تغيير وهذا انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان اقر انه باعه متاعا الى آخره وانما عبر
عنه بذلك ليعلم ان الحكمة المتاع حكم العبد وقوله لا يتأكد الوجوب اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد
وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع
فيسقط الثمن عن المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع لكنه يتأكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر
ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد له من جواب وقوله
ولا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان
وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض
والمقر ينكره فيكون القول قوله ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا
اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد
البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فانه من ضرورته القبض هذا
كلام المصنف رح وفيه نظر فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع
قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الالف

ولم يقبل

ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل او فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الف
ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين
بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء
ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا فصار كما اذا قال
في آخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين اهل اللسان معتاد
كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال
وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي الف من ثمن
متاع او اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة رح وقالا
ان قال ذلك موصولا صدق وان فصل لا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص ولكن على احد قولي ابي يوسف
فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال
له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد لكنه
يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه
لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكر في آخره كان بيان تغيير فيصح
موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان
مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد فيكون دعواه بيانا بل
يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري
لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من
محتملات العقد فكان دعواها رجوعا قوله وقوله الا انها وزن خمسة جواب عما استشهدا به ووجهه انه
ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز
كاستثناء البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية
لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا
عيب فان قيل فالجودة كذلك لظاهر انهما ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة
لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة
واذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة
ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول الكلام فيصح موصولا كان او مفصولا
وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير
مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب ووجه
الظاهر ان التعامل بالجياد هو المتعارف والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامع الصغير
والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات
بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في
الاصول وحكى عن المشايخ انه قال يصدق بالاجماع اذا فصل لان اسم الدراهم يتناولها ولم يكن ما يصرفها الى الجياد

وقال الكرخي رحمه الله على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها سببا
لا الى الاستهلاك المحرم فصار كما اذا قال ابتعت منه عبدا بيعا تجارة سوادا ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الفا
ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا
تعامل في غصب الجياد ولا في ودائعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح
وان كان منفصلا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رحمه الله ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيوف
رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانا قد
ذكرنا ان الزيافة صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون نوعا ليس الا كما في الحنطة
وقد لا يكون ومع ذلك يجوز ان يكون نوعا وعيبا والضابط في ذلك ان يتطلع في الجهة الموجبة لها فان اقتضت
السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان يكون
الى المقبوض خلافها لتنافيهما لكنها تنافيها نافي التنافي فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب وان لم
يقتضيها كانا نوعين لمطلق الدراهم لاحتمال اياها احتمال الجنس الانواع هنا والله اعلم بالصواب
قوله وقطعا اي ولاجل ان لا مقتضى لجنس الجياد لو جاء رادا المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول
له فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما
ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة او رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست من
جنس الدراهم كما مر لكن الكلام يحتمل مجازا فكان بيانا مغيرا فلا يقبل مع الفصل ولو قال في هذا كله
يعني المذكور من البيع والقرض والغصب الفا الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء
مقدار وقد تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج
الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا
لعدم الاحتراز عنه **قال** ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها ان الغصب لا يختص
بالتسليم قوله ومن قال اخذت منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله
اخذت وشبهه او على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول واتى بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول
اخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض
فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن
والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان
كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان
وادعى ما يبرئه وانكر الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو ينكر
فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه
غير متعد فلا يظهر في اعتقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب
يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر اما اذا كان كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيما اذا كان معروفا
للمقر لا يكون بمجرد اليد فيه لعين سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول

تمام

هنا لو

منا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة رحمه الله وقوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد
وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كيفيته اي كيفية ثبوت اليد اقر باي طريق كان
كما لو قال ملكت عبدي لك بالف درهم الا انك لم اقبض الثمن وله حق الحبس كان القول قوله وان زعم الآخر خلافه وقد
وقد يكون من غير صنعه كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وانه يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقته في
داره انسان وقوله ليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام ابي علي القمي فيما ذكره ان الرد انما وجب في مسئلة
الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اي العارية والسكنى فردها
علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا رحمه الله
ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي
ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين
فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض المضمون والاقرار يقتضي المضمون اقرار بسبب
الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكر اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها
فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك تطبيق ما ذكرنا بما في المتن لتطلع على التقديم والتاخير
الواقع في كلام المصنف رحمه الله بحسب التدبر ان شاء الله تعالى وما في كلامه لا يحتاج الى الشرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض
بعد الصحة **قال** واذا اقر المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزمته ديون حال المرض باسباب معلومة
مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امراة تزوجها وعلم معاينة ثم اقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب
فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي رحمه الله دين الصحة ودين المرض سواء
كان بسبب معلوم او لا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر من الاهل اذ الكلام فيه مضاف الى محل
وهو الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة او مناكحة وانما قلنا من الاهل لان العقل والدين لاهما
المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار عن الواجب الوجوب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر
ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض يتضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق
بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث
اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي رحمه الله من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو
كانا متساويين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في
المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا
فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت وقوله بخلاف النكاح
جواب عما استشهد به الشافعي رحمه الله من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والاقرار
غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان فيه ابطال دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل
يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وان الزيادة على ذلك فباطلة وان كان
جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس بمحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية اجيب بان

الاقرار المضاف

النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها قوله وبدلها
المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية والمالية باقية وان فاتت الصورة فان
قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون لبطل اقراره بالدين حالة الصحة لان الاقرار المتضمن حق الغير غير معتبر كما
اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء
بماله وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك
فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق
غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة
واحدة لانها حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض
لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان فيمتنع تعلق حق غرماء الصحة بالعجز باقراره في حالة المرض
ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره وهذا التعليل اي دليل التفرقة بين دين الصحة ودين المرض
وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة
في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا انه
من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولانه لا تهمة في ثبوته في غيره قال ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح
الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه بمعنى عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي
دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق
الباقين فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم
له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه
في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره
قوله الا اذا قضى ما استقرض استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرض
في مرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لما
ذكره من انه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل يعدله اذ لو رد ما استقرضه بعينه او فسخ
البيع ورد المبيع الكان يصح سلامته للرد وعليه لحق غرماء الصحة فكذلك اذا ابدله لان حكم البدل حكم
المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في
ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حق نفسه وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته
جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه
اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث بقوله عليه السلام
الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر رضي الله عنه اجيب بان ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار
للاجنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لانه يرفع الحائل بينه وبين الجنة
وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال ولو اقر المريض
لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال
الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال اذ المريض غير ممنوع عن

لابطاله

واذا لم يكن عليه دين في صحته

ذلك

عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث كما اذا دفع
اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضر الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح
والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا ترى انه لو كذبناه
كان وجوب الضمان في تركته لانه مات مجهلا ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص
في الباب لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنه واراد به ما روي عنه
اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا
ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله لان قول الواحد من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم عندنا مقدم
على القياس ولان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض
به ابطال حق الباقين وتذكيرها اورده ثانيا بالاقرار بوارث آخر وما اجبنا به عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء
عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يوجب
تهمة تخصيصه والقرابة يمنع من ذلك لانها سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص
بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة
لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث
ايضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما يقع المعاملة مع
الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلم يحصل النفع
وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور به آنفا ثم هذا التعلق حق بقية
الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوا فصح الاقرار قال واذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي
صح وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها
تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه
عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف
فنفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم حتى يأتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بعد ما جازه
الورثة فلا منع نفسه في ثلث بالاخير التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه
هو من الابتداء فوجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين
محل تصرف المريض فكلما اقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بثلث محل تصرف
المريض وصيته بل الثلث محلها ليس الا فافترقا قال ومن اقر لاجنبي الى آخره المقر له اما ان لا يكون
وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمر او غير مستمر وغير المستمر اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث
حالة الموت لحجب او لغيره واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره والغير
اما ان يكون سببا للارث مما يستند الى وقت العلوق اولا واما ان يكون اعني غير المستمر وارثا في الحالين
غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه فيما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا
لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء بالحجب كما اذا اقر لاخيه وهو
وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت

ايضاء

فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا بامرها ثم اقر لها بدين
فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استعجل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود
فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فيثبت وفيما كان وارثا حالة الموت دون
الاقرار فان كان بحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر رح اعتبارا بحالة الاقرار
لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح
وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان
لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه يثبت نسبه منه فيبطل اقراره وان لم
يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف
غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة
ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف رح وجاز عند محمد رح وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد
الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما ليس بمستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض ومات وجه قول ابي يوسف
وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار ووجدت
التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال
زوال النكاح فلم يصح الاقرار فصل ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة
بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته وصحة الاقرار بالولد بثلث شرايط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا
في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب لانه لو كان لامتنع ثبوته من غيره وان تصدق المقر به
لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميل على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث
المعروف فيشاركه ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الاقرار به وذلك
اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل جائز سواء
كان اقراره بهؤلاء في حالة الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي
وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية
تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرايض للامام سراج الدين السجاوندي رح والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع
الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية
والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى
لما بينا انه اقر بما يلزمه الى آخره وقال في المبسوط واقرار المرأة يصح بثلثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة
والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى
ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذا الفراش
الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله وذكرنا في اقرار
المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج واما اذا لم
يكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق
هؤلاء والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون تحتها للمقر ولا اربع سواها

ويصح التصديق في النسب بعد موت الزوج المقر لان ما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت
الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا يرى
انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو
مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة
عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت
والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا
يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة
الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار وتقريره ما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه
بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به
واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره قال ومن اقر
باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه حمل على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا كان
كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من
المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين
بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له
التصرف في ماله نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحقه الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج
الى بيان قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه
في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة رح وان كان المقر احد ابنين لم يثبت النسب
ايضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر في الاصل ان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير
والاشتراك في المال ولا يلزم الا بالاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رح اذا اقر احد الابنين
باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى رح يعطيه ثلث ما في يده
لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة رح ان في زعم المقر
انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال
ومن مات وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين
لا شيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا
يصح عليهما فيحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه قبض منه الخمسين ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار
بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما عرف ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث
بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب
عندنا خلافا لابن ابي ليلى رح كما ذكرنا آنفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة
الدين قبل القبض وهو لا يجوز والجواب ان قسمة الدين انما يكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض
خمسين قبل الوفاة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه
زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتساويا

كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف الغريم الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المرجح يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة يلزم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض شيئا ولتمام حقه بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع لتمام حقه ويرجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور ولقائل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباهما لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبض اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وقد بيناه في التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسياتي تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك اولا وانواعه بحسب احوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة **قال** الصلح على ثلثة اضرب والحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم جوابا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه ساقط بقولنا جوابا وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان تصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله ان تصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمنا ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفه على آخر وصلح من ادعى على امراة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال ابن ابي ليلى لا يجوز مع انكار وسكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وقال ابن ابي ليلى لا يجوز مع انكار وسكوت لانه صلح احل حراما وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعى عليه يدفع المال لرفع الخصومة وهذه رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول ما روينا من الحديث وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا

لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا يشتري ونحو ذلك وانما حمل على ذلك وجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على منع لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فاذا ادعى الالف الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضي بجوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي ياخذ في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع لان المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه امر جائز لا يقال لا نسلم الجواز لقوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان يعطي ما يقضي الحق ضررا محضا في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احدا لورثته عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل يعني هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه صرف لانه صالح عن الدراهم على الدنانير وشرطه القبض في المجلس **قال** وان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فيجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وتفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يبينه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيه ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة واذا وقع الصلح عن السكوت او الانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة

من كان يهدي قبل القضاء فكانت اخاكره منها اما اهدى اليه لانه قاض ولولا ذلك لم يهد له وقد دل على هذا المعنى قوله صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت ابيه وامه فينظر ايهدى له ام لا فاخبر بما اهدى له لانه عامل ولولا انه عامل لم يهد له انه لا يحل له واما من كان يهادي قبل القضاء وقد علم انه لم يهده اليه لاجل القضاء فجائز له قبوله على حسب ما كان يقبله قبل ذلك وقد روي ان بنت ملك الروم اهدت لام كلثوم بنت علي امرأة عمر فردها عمر ومنع قبولها وبالله التوفيق

نقل من احكام القران
للامام ابو بكر الرازي

وفي حق المدعى لمعنى المعاوضة لما بينا ان المدعي ياخذ عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف
باخرى يقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين
بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكم الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين
وقطع الخصومة في الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل قال واذا صالح عن دار لم تجب
من دار على انكار او سكوت لا يجب فيها الشفعة لانه ياخذها اي المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لانه يشتريها
ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يواخذ في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان عليها اي على الدار لانه
ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه
قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه على المدعي
بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح
عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض
لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في
يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض ان يقضي دين
الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه وتوضيحها اذا ادعى عليه دارا
وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى الذي اليه شيئا بطريق الصلح واخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على
المدعى عليه بما دفع مع انه لظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع
الخصومة اجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة
الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو في حجته في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر
عدم الاختيار لظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصة المستحق ورجع
بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق
في يده واما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار
رجع بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع عبدله كما في البيع وان استحق
بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او
بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجز بلفظ البيع في الصلح اما اذا اجرى كما اذا ادعى دارا
وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت
فان المدعي يرجع على المدعى عليه بالمدعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ لا
يشترى ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم
الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع
بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى قال وان ادعى حقا في دار هذه المسئلة
قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها ليس عن بعضها
بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي ويقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي

والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية
انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن
دعوى هذه العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم
من دار اخرى صح لكونه بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلوما
ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المص والوجه
فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين ان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه
فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة
الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم يقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه
لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما
ان ابرأتك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقل صاحب النهاية
عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في
هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا
فيكون هو بريئا ويظهر من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب
وهو ظاهر فصل لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع
في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قال والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل
ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا
كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا ادعى سكنى دار فمات وادعى الموصى
له السكنى فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح
عن جناية العمد والخطأ صح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على احد معنييه
وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك رضي الله عنهم فمن اعطي له في سهولة من اخيه المقتول شيء من المال بطريق
الصلح فاتباع اي فليتبع ولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي بجمال وحسن معاملة واداء
اي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن دم
القتيل العمد واما المعنى الاخر وهو المروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه
في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا
وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف
اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير
ناقص ففيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وقوله وهو
بمنزلة النكاح اشارة الى ان ما يعقد بحل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما
مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح ان
يكون تسمية في النكاح صلح هنا فلو صالح على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت
صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذلك ابدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا بجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس

فانه غير لازم ولا هو ملتزم الا ترى ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وانه لا يصح صداقا وانه اذا صالح على ان يعفو
عن جليه عن قصاص له على آخر جاز وانه لا يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى
ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح
المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح
مسمى فيه صلح هنا يعني لكن اذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما
فان كان الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب بغير معين يصار الى الدية لان الولي ما رضي بسقوط حقه مجانا الا
بدل اسلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما
لو صالح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يتم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيان ولو سكت يبقى
العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل تسمية المال المجهول
وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه حكما قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم
وموضعه اصول الفقه وتحقيقه ان المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا
صار كأن لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال
فانه لو عفى بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على الا شيء
عفو ممن له الحق فيصح ان وجوبه ليس من ضروراته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جناية العمد
الجناية في النفس وما دونها وهذا اي الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح
لان حق الشفعة حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل بل قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بحق
ثابت في المحل وذلك رشوة حرام اما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ العوض
عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت وقيد بقوله
حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز
وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا يبطل شفعته لانه لم يوجد
من الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل
فجاء المكفول له وصالح الكفيل على شيء من المال على ان يأخذ المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح
الصلح فلا يجب المال وهل تبطل الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية
ابي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح في رواية ابي سليمان لا تبطل
لان الكفالة بالنفس قد تكون وسيلة الى المال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه بعوض لم يسقط
مجانا واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير
الدية اولا والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب
لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص
حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالا بل القصاص ليس بمال فكان
الواجب ان لا يقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز باي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح
وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح اولياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز

ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر الف درهم فصالحهما على ثلثة آلاف
درهم فلصاحب الالف الالف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة
على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين بدل الصلح
ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية مثلا ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة
جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن
الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق
التعيين ولو قضى القاضي باحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هنا قال ولا يجوز عن
دعوى حد الاصل فيه ان الاعتياض في حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب خمر
واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليتركه ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال
لان الحد حق الله والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام واذا ادعت امرأة
على رجل نسبا هو بينهما انه ابنه منها فجحد الرجل ولم يدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وسكتت
عن الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا
اشرع رجل الى طريق العامة فصالحه واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم
بذلك وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح
لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ثم يتوصل به الى التحصيل
بمعنى الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا
كان في ذلك صلاح المسلمين ووضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو
باع شيئا من بيت المال صح وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا
يورث بخلاف القصاص قال واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا هذا بناء على الاصل الذي ان الصلح
يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح صالحته على مال بذلته امكن تصحيحه خلعا
من جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان اقام على النكاح
بينة بعد الصلح لم يقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه
لم يحل له اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلم بطيب من نفسه فيكون
تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسألة وهي اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله
لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج اعطاها
بدل الصلح زيادة على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل الدعوى منها فرقة
فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى
الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة
واذا ادعى على رجل مجهول الحال صالحه على مال اعطاه اي ما قرب العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل
بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح الصلح على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا في
ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح التزويج الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه

حق الاصيل فجاز الا انه لا يثبت الولاية له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاية لانه صالح بعد
كونه عبدا له فكان الصلح فيه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاية واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح
عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبد له اى للعبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عنه جاز سواء
كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز
اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبى اى صار العبد كالاجنبى فى حق نفسه لان
نفسه مال المولى والاجنبى اذا صالح عن دم لمولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا هنا اما عبده فمن تجارته ولهذا يملك
التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق كان ازاله عن ملكه قصاصا كما تم ملكت المولى
ولهذا كان له ان يقتله وهذا اى الصلح كان شراء وهو يملك ذلك بخلاف فى نفسه فانه اذا لم يملكها المولى
لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح ونوقض بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه
جاز واجيب بان المكاتب حر يدا واكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح
العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولى القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالح فقد عفا عنه ببدل
فصح العفو ولم يجب البدل فى حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم
يصح فى حق المولى فصار كما انه صالح على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن
له ان يقتله ولا ان يتبعه بشئ ما لم يعتق فكذا هنا قال ومن غصب ثوبا يهوديا يهود قوم من اهل الكتاب
ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودى وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة فكل قيمى معلوم القيمة
حكمه كذلك فمعنى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند
ابى حنيفة رح وقالا لا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا
وقيد بالقيمى احترازا عن المثلى فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع سواء كانت اكثر
من قيمته او لا لكن القبض شرط وان كانا باعيانهما لئلا يلزم الكالى بالكالى وقيد بكونه معلوم القيمة ليخرج
الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح
على اكثر من قيمته بالاجماع والاصل ان هذه الدراهم يقع فى مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا
ان لم يكن عند ابى حنيفة رح وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهى مقدرة بالدراهم
والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا
تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة
ولابى حنيفة رح طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه فى ضمان القيمة حتى
لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه
كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذى وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه فى الثوب او العبد ولا ربوا بين
العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثانى ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله عليه السلام على اليد
ما اخذت حتى ترد وهو الاصل فى الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين فكان
ذلك حكما وتقديرا لا ينتقل اليها الا عند العجز فاذا صالح على شئ كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس
فلا يظهر الفضل ليكون ربوا وفى كلام المص رح تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فانه

وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا بالقضاء فبعد اذا تراضيا على الاكثر
كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالح على طعام موصوف
فى الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف مقابلا بالمغصوب ثمن وبمقابلة
القيمة مبيع وربا ولو صالح من القيمة على اكثر من عشرة الاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك لا
توقف على انه فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالح على ذلك حالا جاز وبان البدل جعل فى مقابلة
القيمة لا وجه لحمله على الاعتياض عن المغصوب وعورض دليل ابى حنيفة رح بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك
او الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز واجيب بان البيع يقتضى قيام مال حقيقة
لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا ومحضه لا يقتضى قيام
مال متقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين الى آخره ظاهر والمراد بالنص ما مر فى العتاق من قوله
عليه السلام من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا او
يسعى العبد فى نصيب قيمته غير مشقوق عليه

باب التبرع بالصلح والتوكيل

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان
الانسان فى العمل لغيره متبرع قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه وفى نـ وكل رجلا بالصلح عنه فصالح
لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اى عن وكله فى رواية المص رح وفى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان
يضمنه والمال لازم للموكل اى على الموكل كما فى قوله تعالى وان اسأتم فلها اى فعليها وهذا كما ترى يدل ظاهرا
على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المص رح
وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان
الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا ان يضمنه لانه ح مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا
كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل لا الموكل
وذكر فى شرح الطحاوى والتحفة على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لتاويل المص
من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح فى المعاوضات على الانكار فانه كان لا يجب على الوكيل شئ وان كان فيها لان
الصلح عن الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبى بدون امر الخصم
قال وان صالح عنه رجل بغير امره وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ووجه ذلك
ان الفضولى بعقد الصلح على مال اما ان قرن بذكر المال ضمان نفسه او لا فالاول هو الوجه الاول والثانى اما
ان اضاف المال الى نفسه او لا فالاول هو الوجه الثانى والثانى اما ان عين المال المذكور او لا فالاول هو الوجه
الثالث والثانى هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا
او منكرا وكل منهما اما ان قرن به التسليم او لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقى وجها حكم المعرف ولكن عرف
وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم فى المنكر فبقى حكم المعرف غير المسلم وهو الذى ذكره بقوله قال العبد الضعيف
وجه آخر اما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح ومن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقه
يصح بطريق الاسقاط وفى حق البراءة الاجنبى والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصح
ان يكون اصيلا فى هذا الضمان اذا اضافه الى نفسه كالفضولى بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا

على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا الصالح
شيء من المدعى اى لا يصير الدين المدعى به ملكا للصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي يدعي
في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء فاي شيء يثبت بعد ذلك ولا
فرق في هذا اى في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر
لانه في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فلان الصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا
ما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من غير من عليه وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والخصم
عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره
ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر وهذا اى قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم
هو بمنزلة قوله صالحني على التي ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال اصالح فلانا على الف درهم من دعواك على
فلان فان فيه يتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رده بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره
في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم
قال وكل شيء وقع عليه الصلح بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة
لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب
كذلك جعلا لان المسلم على الصلح كمن له على آخر الف درهم من جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة وكمن
له على آخر الف درهم كذلك فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه
لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو
صالح عنها على الف مؤجلة صح ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لانه في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها
نسيئة وهو ربوا فلما لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير
غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين حمله معاوضة اذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا يخرج
عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز وكذا اذا كان له الف مؤجلة فصالحه على
خمسمائة حالة لم يجز لانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسيئة
لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل
وهو حرام روي ان رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا
وهذا لان حرمة ربوا النساء ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فحقيقته ذلك اولى بذلك ولو كان له الف
سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز والاصل ان المستوفى اذا كان ادون من حقه قدرا ووصفا
اسقاط كما في العكس وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن جعله استيفاء
فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل اذا كان حقه الف درهم نبهرجة فصالحه على
الف درهم جيدة نقد بيت المال وهو اجود من النبهرجة جاز الصلح والزيادة موجودة اجاب بقوله بخلاف
ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس
وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا كما في المسئلة الاولى فانها في مقابلة خمسمائة من السود وهو دونها

بيننا اذا لم يقع بذلك صرف والجيد والردي فيه سواء يدا بيد ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة
درهم حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت حالة واسقاطا لذلك
وتاجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه اتم لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط
اكثر فيكون الاسقاط اتم من معنى المعاوضة **قال** ومن له على آخر الف درهم حالة
فقال ادّ الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فيبرأ في الحال ويجوز ان يكون
معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيده الا جعل اداء خمسمائة عوضا
حيث ذكر بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها
والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن فجرى وجوده اى وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فيبقى الابراء
مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تؤدي غدا خمسمائة ولهما
ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته اى عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء
المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فانت لبقائه على العدم الاصلي وهو حكم اصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط
لانه بدأ باداء خمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا
من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة الشرط
بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر الحمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكانه منها
قوله بموجب العلة اى سلمنا انه لا يصح ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي ان يكون مقيدا بوجه آخر وهو
الشرط قوله لانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما
لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بان يكون التعجيل للبعض مقتضيا الابراء الباقي والمعروف
عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد فلا صلح بيننا قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا
يحتمل التعليق جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول لغريمه او كفيله اذا اديت او متى اديت
او ان اديت الي خمسمائة فانت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان
جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا
والتعليق يستعمل فيه ذلك واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية ان ينعدم ان لم يوجد الشرط
وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والعقد في ذلك ان في الابراء معنى
الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واما
الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط
وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبه بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر
الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وكذا اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه
الاسقاط وذلك انه لم يكن ثمة حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بالشرط والمقيد به يفوت عند
فواته كما في قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة
فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله ويتخرج البناء

بالابراء وعدمه الجواب كما قال ابو يوسف رحمه الله كما اذا كان بدأ بالابراء ونحن انما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه
الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين في تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدأ بالاداء
اولا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه رجعة الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط اولا فان لم يذكره فهو
الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء اولا فان بدأ به فهو الوجه
الثالث وان لم يبدأ فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط اولا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس اما الوجه
الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظاهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على ان الثابت
لا يزول بالشك فاذا قدم الابراء حصل مطلقا ثم بذكره ما بعده وقع الشك لانه اذا كان عوضا فهو باطل
كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا تقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا
وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهر ان اداء البعض لم يكن غرضا لكونه
واجبا في مطلق الازمان فلا يصلح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير
صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر لا اقر لك
بمالك علي حتى تؤخره عني او تحط عني بعضه ففعل اي اخر او حط جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين
فلا يتمكن من المطالبة في الحال ان اخر وابدا ان حط لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف لا يقال
هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام يأكله لجوع
قد اضطر به كان بيعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع المال في
الحال

فصل في الدين المشترك

اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد
لان المركب يتلو المفرد قال واذا كان الدين بين الشريكين اذا كان الدين بين الشريكين فصالح
احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب
من الشريك الا ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض والاصل في هذا
ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير
او غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى
اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض
كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة
دون اذن الآخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك
القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته
وعرف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة بان كان لكل منهما
عين على حدة فباعا صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة
بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسماية وباع الآخر نصيبه منه
بخمسماية وكتبا عليه صكا فلا شركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفي بقوله
اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساويا في قدر الثمن
وصفته لانهما لو باعا صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه ثمانماية ونصيب فلان خمسماية ثم قبض احدهما منه شيئا

لم يكن

لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البايعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع
في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسماية بخية ونصيب الآخر خمسماية سود لم يكن للآخر
ان يشاركه فيما قبض لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف رحمه الله انما ترك ذكره
لانه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته وتمامه فرع من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا ونزل عليه مسئلة الكتاب
فنقول اذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا من
الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لابد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة
قال ولو اشترى احدهما بنصيبه ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان
يضمنه ربع الدين وليس للشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه
نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا اي من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع
على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو الزمنا في الصلح
تضمين ربع الدين البتة تضرر به القابض كما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب
في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل ثبت انه ملكه بعقده اما كان ببعض دين مشترك وذلك
يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفاء
لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والا
الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لانها في ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا يتعين في العقود
واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاوضة ولا معتبر بها واما
الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء يقع المقاصة به فتعين ان يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان
للشريك سبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب
واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى
نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا ينقلب بالدما عليه فانه خلف باطل فلو سلم
للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلاثة لانه رضي بالتسليم ليسلم
ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد
الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقتصا لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء
على ان آخر الدينين قضاء لاولهما لا العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبق ولو ابرأ
عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأ عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى
لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأه احد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بخمسة
وللساكت بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره
من صفة الاختلاف مخالف لما ذكره عامة الكتب حيث ذكر قول محمد رحمه الله مع قول ابي يوسف رحمهما الله وذلك يحتمل
لجواز ان يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي حنيفة وابي يوسف وجههم انه اعتبر التأخير بكونه ابراء موقتا
بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لاختصاص احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول
والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن

بعض ولقائل ان يقول بتأخير البعض بل بتميز احد النصيبين عن الآخر والا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز
بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان
تأخير البعض فيه يستلزم التميز بما ذكرنا من الوجه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام
التأخير الامتياز فان قيل فقد جوزتم ابراء احدهما عن نصيبه وذلك الابراء يوجب التميز بكون بعضه
مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة
الابراء بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا وجوديا لزم ما ذكرتم وانما هي دفع الاشتراك او الاتحاد
او ما شئت فسمه وذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراز احد النصيبين
لتكميل المنفعة بالاختصاص بالانتفاع فيه عن الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والآثار
للموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لانه
الهالك فصار ضامنا بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استأجر الغريم بنصيبه
دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال
لان المنافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق عند محمد
خلافا لابي يوسف رح وصورته ما اذا ادعى الشاد على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيب المحرق
واما اذا اخذ الثوب فاحرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رح ان الاحراق
اتلاف للمال المضمون وكان كالغاصب والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق
مقتضيا ولابي يوسف رح انه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية
فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى
بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته
شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه تملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية
وروى بشر عن ابي يوسف رح انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بقدره معنى فيكون
دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء او الاقتضاء والصلح على نصيبه
بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمدا
لانه في الخطأ يرجع عليه واطلق في الايضاح [illegible] صالحه على حصته لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح
المرتفع بمنزلة النكاح وابراءه قيد بذلك لان الاداء قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا للشيء قال
واذا كان السلم بين الشريكين اذا اسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان يأخذ
نصيبه من رأس المال وفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز
جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجز فالصلح باطل وقال
ابو يوسف رح جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز و
الآخر مخير بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه فكذلك ههنا وبما اذا اشتريا عبدا
فاقال احدهما في نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجهان احدهما
انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض

لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة
الآخر لانا وله بعض نصيبه قوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف رح المتنازع على شراء العبد وتقريره
بخلاف شراء العين فانا اذا اخترنا فيه الشق الاول لعذر بتقديره لزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين
في الذمة واستظهر المصنف رح بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد
السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لان
الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالعقد الذي قبضه الشريك حيث
لم يسلم له ذلك العقد وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين
المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود
الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذ بدل الدين يؤدي الى تقرير المبدل لا الى سقوطه
بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا
والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب قالوا اي المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله هذا الاختلاف بين
علمائنا رحمهم الله فيما اذا خلطا رأس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف
ايضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلم ينفرد احدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين
ان يكون رأس المال مخلوطا او غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في جوازه وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني
وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار مشاركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند افراز كل
منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط
رأس المال او على الاطلاق ان محمدا رح ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح
مع تصريح عدم الخلط ان الآخر لا يشركه فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف رح ولم يذكر قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق قيل وليس بسديد لان الموجب للشركة
في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا ولم يخلطا فصل
في التخارج من التخارج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخيره
قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك
عند رضى غيره به وله شروط تذكر في اثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الصكوك والرسالة قال
واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه
اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قليلا اعطوه او كثيرا وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان
هناك شرط سنذكره وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء
لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان
جهالته تفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لمنعها عن التسليم الواجب
بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى التسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار كما لو اقر انه غصب من فلان شيئا فاقر
من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان رضي الله عنه وهو
ما روى محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رض صالحوها على ثمن

لان خصوصية

وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم في ميراثها
منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا فصالحوها
على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا ولم يفسر ذلك
في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطي ذهبا او بالعكس
جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الذي
الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان
فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب
احدهما مناب الآخر اما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان الذي في
يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب
عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على احد النقدين فلا بد ان يكون المعطى
اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة فان كان مساويا لنصيبه
او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واما اذا
كان اقل فلزيادة العروض واذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فيتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح
بطريق الابراء ايضا لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا
القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من الدراهم حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث
زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من الميراث جاز لان المدفوع اليها في
لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل او كثر
وجد التقابض في المجلس اولا ولو كانت التركة دراهم او دنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا
للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا **قال** واذا كان في التركة
دين على الناس واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا من صالح عن الدين
ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه
الدين وهو حصة المصالح واما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز ان يشترطوا على ان يبرأ الغرماء
منه ولا يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز واخرى
ان يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول فانه
بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسية
والنقد خير من النسية والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل
الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة
من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست
بمعتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون

ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا
كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة
فانه لا احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز
لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا او غيره ففي الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة
لان الوارث لم يتملك التركة وفي الثاني لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا
قالوا يجوز واما القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع
تملك الوارث فيما يقابله وهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لا تخلو
عن قليل الدين فيقسم نفيا للضرر عن الورثة

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب في الارض وسمي
هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض
يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا وشرعيتها
للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد اي خال اليد من المال
فكان في شرعيتها انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب
المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها استعمال الفاظ تدل على ذلك مثل دفعت هذا المال
اليك مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان
صحيحة وهي ما يبطل بفواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سياتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة
عند الدفع والشركة بعد الربح **قوله** وبعث النبي عليه السلام بيان ان ثبوتها بالسنة والاجماع فانه عليه السلام
بعث والناس يباشرونه فقررهم على ما روي ان العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على
المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول
الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي عليه السلام امر يعاينه من اقسام السنة على ما علم وتعاملت به الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا **قال** ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده المدفوع الى المضارب
من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن
وكل مقبوض كذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا
من المال بعمله وهو شائع فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال لنفسه ما لم يعين
له شرط من الربح كالاجير على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب اجر المثل وذلك لما يكون من الاجارة
واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره **قال** المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين
المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال العقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة فيماذا ففسره المصنف
بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا في رأس المال مع الربح لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من
جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشارة الى انعقاد العقد
بانعقادها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة
ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا يصح المضاربة الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون رأس المال جميعه

المعروف

دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله او فلوسا رائجة عند محمد رحمه الله وما سواها لا يجوز وقد
تقدم في كتاب الشركة ولو دفع اليه عروضا وقال بعها واعمل مضاربة في ثمنها جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالآراء او الاجارة بالآراء وكل منهما يقبل الاضافة
الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا
قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين
الذي في ذمتك لي فانه لا يصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان هذا التوكيل
لا يصح على ما مر في البيوع اي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر الف درهم
فامره ان يشتري بها هذا العبد الى آخره وان لم يصح كان المشترى للمشتري وان كان المشترى للمشتري كان
راس مال المضاربة من مال المضارب وهذا لا يصح واما عندهما فان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشترى
للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز **قال** ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا ومن
شرط المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه ان لا يستحق احدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط
ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها وما ينافي شرط جواز الشيء مناف له واذا ثبت احد المتنافيين انتفى الآخر
ثم فرع ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة دراهم فله اجر مثله لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتنقطع
الشركة فيه اي وجوب اجر المثل لانه عمل لرب المال بالعقد وابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساد العقد
ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لانه نماء ملكه فتعين اجر المثل
وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي
يوسف رحمه الله قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان دخوله
كعدمه وقال محمد رحمه الله يجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان
اجر الاجير يجب بتسليم المنافع كما في اجير الوحد فانه في تسليم نفسه تسليم منافعه او بتسليم
العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجب له شيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا مع انها فوق الفاسدة ففي الفاسدة اولى فان قيل
وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا فان العقد الفاسد
يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان
انعقاد الجائز مثل انعقاد الفاسد كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة
تنعقد اجارة فيعتبر بالاجارة كالفاسدة بالصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان لم يكن للمال
في يده فله اجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين احدهما الاعتبار
بالصحيحة والثاني ان راس المال عين استوجر المضارب ليعمل به وهو لا يغير فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل
يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يوجر نفسه في ذلك الوقت لآخر لان
العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجر المستاجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن اجير الوحد ان يوجر نفسه
لمستاجرين في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر الهندواني وقيل المذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي رحمه الله وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير

بيده

المشترك

المشترك لان له ان ياخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده
من غير صنعه عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل
لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحيحا وفاسدا امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد
قصد ان يكون امينا ولو ولاه جعله امينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة
صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرط
ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده وهو الربح
وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة الدار والارض فكانت حصة العمل مجهولة
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال او عليهما لان الوضيعة
اسم الجزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال وما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة فقيل شرط
العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم يكن القاعدة
مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب
المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله
بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه **قال** ولا بد ان يكون المال مسلما
الى المضارب لا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف او عمل لان المال امانة في
يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا
بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يده عليه يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين
فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن
المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه
او وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد الملك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب
وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه
وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد لغير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال
او لا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت
لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا
وان كان الثاني كالماذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فينزل
منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة **قال** واذا صحت المضاربة
مطلقة المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان ولا نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد
على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا او نسيئة ويشتري بما له من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح
وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا
الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم ولفظ المضاربة
مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له ان يسافر وعن ابي حنيفة رحمه الله

ان يكون ه

انه ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر
الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه بغربة كان دليل الرضا
بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله وله المسافرة يعني انها من صنيع التجار ولا
يجوز للمضارب ان يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله ولا بد من جواز اذنه
المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستاجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف استعمال المستعملين
فانها امثال لا يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع
والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها بخلاف الابضاع
والايداع لانهما دونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو
صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة
على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بماله فمن صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل
برايك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود هو الربح يحصل بها تعددت جهة الجواز فينبغي ان
يترجح على جهة العدم اجيب بان كلا من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يرجح غيرها بها كما عرف وان خص
رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين
يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فايدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المضارب وتفاوت
الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما
هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه
الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امر صاحبه
وان لم يشتر ورده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة
على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زايلة واذا زال العقد
لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير يزول لان الخلاف انما يتحقق ان اشترى
وما قبله خلاف وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا
حيث ضمنه بنفس الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى
الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا
اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف فيه وكان
القدر الباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتقاض حكم المضاربة فيما بقي
وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع
اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المص
والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج
وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق
الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي

نقد الا في سوق الكوفة ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومن ضمن بالوكالة على ان يبيع بالنسيئة ولا
يبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه يتبع وغيره
كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه يتبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد
وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة خير ليس الا فكان
التقييد مضرا واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة
حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محل ليس له ان يحفظ في غيره وقد يختلف الاسعار
ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء
في السلم بان يسلم في المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبره عند السكوت عنه قال
ومعنى التخصيص ذكر الفاظ تدل على التخصيص وتقدير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا
اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما تدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة
منها تفيد التخصيص واثنان منها تغيير مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو ان
رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به كيلا
يلغو واذا اعقبه ما يصلح للابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ
هذا المال على ان تعمل كذا او في مكان كذا او قال لتعمل به بالكوفة نحو وما وهي نوعا وكلام المص يحتملها
او قال فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة فلم يذكره المص لان قوله
تعمل بالنفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح ان يبتدأ بقوله على ان تعمل
كذا او بقوله تعمل بالكوفة او بغيرهما وهو واضح لكنه يصح بجعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطا
او المفيد منه معتبر وهنا يفيد صيانة المال فلم المص وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله
فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيهما للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا
قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق ومقتضى الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا
بكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو فقد اعقبه ما
يصح الابتداء به اما بغير الواو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة
كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا يجعل واو الحال كما في قوله اد الي الفا وانت حر اجيب
بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على ان
تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيد الزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات اقتضاء
ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في
الصرف على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة
الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير اهلها
وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره وهو قوله وهذا وهو المراد عرفا لا غير
وذلك يعني بالمكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول
عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاول ان يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها

خذ م

بالكوفة وهو م

نضاوم

ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة للمال وقد حصل ذلك
ولما لم يخص المعاملة في الصرف بشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك
وقوله وكذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان قال
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال بقرابة او غيرها
كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد اخرى وذلك لا يتحقق في شراء
القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء
عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس
بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشتر لي عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان
مخالفا ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر
والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لانه يبيعه بعد القبض فيمكن تحقق
المقصود ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء
متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احترازا عن الصبي
والعبد المحجور فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال
بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه
بمال المضاربة دينا عليه واما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان يكون في المال ربح او لا
فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لامتناع بيعه لكونه مستسعى
عند ابي حنيفة رح او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزي الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفي المقصود
وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة وان
لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فيه فاذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء
عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتلك الزيادة اي نصيبه
من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت
زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيه شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال
من العبد وهو راس المال وحصته رب المال من الربح لانه احتبست ماليته عند العبد فيه كما في الورثة
قال وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها
جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر
فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئا
وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق
الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك
لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من اهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها
منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنها لم تنفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان
كل واحد منهما اي من الام والغلام مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صارت اعيانا كل واحد منها يساوي راس

المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب
في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض عليه بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال
قبل الولد فينبغي كذلك وتعين ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة عبدين كل
واحد منهما يساوي الفا كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلم صح واجيب عن الاول بان تعينها كان
لعدم المزاحم لا لانها راس المال فان راس المال هي الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فوجب تعيينها ولم يكن احدهما
اولى بالتعيين من الآخر فاشتغلا براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة كالفرسان يخلي ولعبد
يقسمان جملة واحدة فاذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون
على حاله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة رح قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة
واذا انتفت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا براس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على مقدار
راس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ
لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان
ذلك انشاء العتق ولم ينفذ لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك
واما نحن فيه فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت
الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لانه
عتق يثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى
آخرهما وجودا كما في السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق
يجب بذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين الاخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لانه احتبس
ماليته عنده وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح ويستسعيه في الف
ومائتين وخمسين لان الالف مستحق براس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يستسعيه في هذا المقدار وقيل
لم يجعل الجارية راس المال والولد كله ربحا واجيب بان ما يجب على الولد بالسعاية من جنس راس المال والجارية
ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لراس المال انسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية راس
المال فقد عتقت بالاستيلاد ووجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس راس المال لكونها نقدا فالاستيفاء على
الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بحصاه الامر ولو بالرجوع
الى نقد فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح
ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه فاستولدها فمات المزوج وترك
الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فملكها الزوج بعينه صارت ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه
ضمان اعتاق وهو الاتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنع منه كما مر اشارة الى قوله لان عتقه
بالنسب والملك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة فاخرها عن المفردة واختلف علماؤنا
رحمهم الله في تعيين موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال فروى الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح

الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم
يربح ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يضمن بالدفع وبه قال زفر رح لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع
لعدم الاذن بغيره والدفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة و
يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اي موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولابي حنيفة رح ان الدفع
قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح
فقد اثبت له شركة في المال فصار كما لو شارك الغير فيه ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان
كما لو خلطه بغيره وهذا اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة
واطلق القول ليتناول كل منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية او كلتاهما جميعا لم يضمن الاول لان
الثاني اجير له اجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز
الثانية لانه بناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد بجواز الثانية ما يكون جائزا بحسب
الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما يجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول
ضعف الربح ونحو ذلك مثلا وللثاني نصفه وهلم جرا ثم ذكر في الكتاب ضمن العقد ومتى يضمن الاول ولم يذكر المشايخ
قبل اختيارا منه لقول من قال من المشايخ رح ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن
على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء الثاني في هذه المسئلة
باجماع اصحابنا وهذا القول هو المذكور من المذهب وهو اعتمدها ظاهر وكذا عند لكن لابن فرشتان فرق
بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب
الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة
الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه
وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعترض عليه بان هذا
كلام متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وهنا قال لانه عامل للمضارب الاول واجيب بانه منفك
الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل للغير من حيث انه في الابتداء مودع
وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عنده لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل يعمل لنفسه
ويجوز ان يكون الشخص عاملا للغير لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما ح ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
فان الاول قد غره والثاني اعتمد عليه في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار
وصحت المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب
الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
ولا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق قال فان دفع اليه رب
المال مضاربة بالنصف هذه المسائل الى آخرها ظاهر لا يحتاج منها الى شرح وانما قال لا يطيب لهما ذكر
الثاني والاول الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين الا يرى انه لو استأجر المال
مع غيره او استعمر رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال
غرق في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه

ولم يكن

ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه فصل ولما كان للمضاربة
بعد ادخال عبد المضارب او عبد رب المال الحكم غيرها ذكره في فصل على حدة قال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث
الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز فقوله ولعبد رب المال لمقابلته شيئا ان عبد المضارب
فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح
الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول
والشرط باطل وشرط الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال
او بالعمل ولم يوجد من ذلك شئ وقوله على ان يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما ان يكون
على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه تعذر تصحيح هذا
الشرط في حق العبد لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد
شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رح لا يصح الشرط والمشروط
كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده
عند ابي حنيفة رح اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط
لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرط ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان
على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان مأذونا له فاشتراط العمل اذن له ولهذا اي لان
للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة
خصوصا اذا كان مأذونا لا يجوز بيع الحجر لمولى من عبده المأذون يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء
واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل
على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان
للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واما اذا كان عليه دين فهو للغرماء وهذا اذا كان العاقد هو المولى
ولو عقد المأذون له مع آخر فظاهر فصل في العزل والقسمة لما فرغ من بيان حكم
المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل
قال واذا مات رب المال بطلت المضاربة واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على
ما تقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة وكذا بموت الوكيل ولا تورث الوكالة واعترض بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال بما لحقه من عهدة
لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم بعزله ولو كان
توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل واجيب عنه بانه
كذا سنبين في قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد
مسلما قبل القضاء او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان
المضاربة واما بعده فلحق المضارب كالوارث حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة رح لان
المضارب يتصرف له اي لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له
ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل
على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لانه

صحتها بالاهلية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة ينبني صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الورثة
ولا توقف في ملك رب المال المقدم فتعلقهم بحقيقة المضاربة بخلاف ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون
على رب المال في قول ابي حنيفة رح لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمه لقضي من ماله ولا تصرف له في ماله
كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله التصرف بعد الردة يكون
من قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال قال واذا عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال
المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف
على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك نقدا او نسيئة حتى لو نهاه عن البيع
نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على رأس
المال بنضوضه ورأس المال انما ينض اي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن
شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل فان عزله
ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال العزل ابطال الحق في الربح
لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المص رح وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن
بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر
الا به وصار كالعروض قوله وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب
ففي كل موضع لم يعمل العزل القصدي لم يعمل الحكمي لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا
تفاوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون
لكونه بمنزلة الاجير واجرته الربح وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض رح والوكيل متبرع والمتبرع
لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالتقاضي وما
لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بانا لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال
له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد زال يده ولا بد من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فاذا لم
يوكل يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة فكان في كلامه
استعارة وهي مجاز معروف وهو استعمالها على النقل واما ضبط بذلك لان احل ربما يوهم ان رأس
المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني الوكيل اذا باع وامتنع يقال
له وكل الموكل بالاقتضاء واما البياع والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا او شراء فانهما يجبران
على التقاضي لانهما يعملان باجرة عادة واذا وصل اليه اجره اجبر على تمام عمله واستيفائه كما يجبر
فيما ولانه اذا استؤجر على شراء شيء فقد استؤجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع
على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان
يأمره بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روي
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين
قبل حصول رأس المال الى رب المال قال عليه السلام مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس
المال فكذا المؤمن لا تسلم له نوافله حتى يسلم له فرائضه ولان رأس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع

قبل حصول

قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما
ترادا لان القسمة غير صحيحة لكونها موقوفة فالذي ما اعتد رأس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذ كل منهما ملكا له وان هلك بطلت
وتبين ان المقسوم رأس المال

فصل فيما يفعله المضارب

ذكر في هذا الفصل
ما لم يذكر في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة للافادة وبنيها على مقصود افعال المضاربة بالاعادة
قال ويجوز للمضارب ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فيجوز ان يبيع المضارب
وبالاولى فيجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان ذلك من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في
النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان
يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له شراء
السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز
واما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكريهما اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار
فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك وهو من توابع التجارة في الطعام وله ان يأذن لعبيد المضاربة
في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد رح انه لا يملك
الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع
نقدا ثم اخر الثمن جاز بالاجماع واما عند ابي حنيفة ومحمد رح فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى
لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضية ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان
يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فيحصل تأخيره بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه
يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع نقدا مرة لانتهاء الوكالة واما عند ابي يوسف
فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما تقدم وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب
الحوالة جاز سواء كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول ثم باعه بذلك على
المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري
فلا بد وان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بانواعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال وكذا
لا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو
يوسف رح تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان
كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت التجارة المضاربة قال وان دفع شيئا من مال
المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به وباع لم يبطل
المضاربة خلافا لزفر رح قال رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا
للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا ان الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب
ولان رب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي
فرب المال اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لانه يمنع التخلية
قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل من يتصرف في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله اجيب
بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال لنفاذ توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة معه

المال الجائب بقوله بخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال
رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه ادى الى قلب الموضوع ولقائل ان يقول رب المال اما ان صار
بالتخلية كالاجنبي اولا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس تجويزهما
او عدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع
ولم يوجد بخلاف البضاعة فانها توكيل على امر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل ولا
المال له واذا لم يصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى كلام
المص يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال لا تزول المضاربة وليس كذلك فان الدليل فانه
لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا اخذ
مال المضاربة من منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان راس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ
الاستعانة من المضارب لم يوجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورته ذلك انتقاض
المضاربة وان صار عروضا في المال عروضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان راس المال عروضا لا يعمل
فهذا اولى قال واذا عمل المضارب في المصر فرق بين حال الحضر والسفر في مال المضاربة بما ذكر من
الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب
المال لانه بمنزلة الوكيل او المستبضع عامل لغيره بامره او بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد
هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا انا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع
بانه متبرع بعمل لغيره وبين الاجير بانه عامل له بدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر
بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد وقد يحصل وقد لا يحصل ولو انفق
من ماله يتضرر وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر ثم قدم وبقي معه
شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع
وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فاذا كان كذلك فهو
بمنزلة السوق وان لم يكن كذلك فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما يصرف الى الحاجة
كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء وكراء كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من تعهدات
المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان
الشخص اذا كان يطول الشعر ووسخ الثياب مشيا في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ذلك من
الرغبات في المعاملة من جملة النفقة والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن وفي
الظاهر ما ذكره في الكتاب قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق المضارب من راس المال
فربح يأخذ راسه كاملا فيكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال فاذا استوفاه كان ما بقي
بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه
كاجرة السمسار والقصار ولا يحتسب ما انفق على نفسه لما ذكره في الكتاب من الوجهين فاذا كان
مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع
لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظم كلام الخ وانما ذكره تمهيدا لقوله وان صبغها

فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وحاصل الالوان كالحمرة الا السواد وعند ابي حنيفة لان الصبغ عين قائم بالثوب
فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برايك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان المضارب بحصة الصبغ
يقسم ثمن الثوب على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم
الثمن هنا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي
على المضاربة بخلاف القصارة ونحوها فالحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا لا
على الغاصب فان ازداد القيمة به صار فعله وكان للمالك ان ياخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضيع
بل يخير صاحب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمنه
جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل
حالا منه فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب اتفاقا
بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلاط مال الغير بمال
مضاربة شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل
او غير ماذون فان كان ماذونا وجب ان يقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما بينا انه
خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك فصل
آخر هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال فان
كان معه الف فذكره المص هو واضح وبناؤه على اصل وهو ان ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال
المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبائع بسبب
هلاك مانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام هو في تحصيل ربح الى دفع الثمن هو مضاربة فاشترى بها ثوبا
مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالفين ودفع ربعها
للمضارب لانه دفع الثمن لم يوجد اذا باعها رب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب خاصة
والباقي على رب المال واذا دفع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لانه
بين المضاربة على ان المضارب امين فيكون الثمن مضمونا لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لا بطلنا
ما لزم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس المال فيصير مضاربا بالمضمون وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بعد
الالاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال
يلائم المضاربة ولا ينافيه ما يضمن بل يلحق براس المال واذا كان كذلك كان راس المال منه ذلك الفين وخمسمائة
والخمسمائة ربح بينهما نصفين قوله فان كان معه الف معناه ظاهر واضح وقوله لحق بالمقاصد لان مقصود
رب المال وصول الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله
الا ان فيه شبهة العدم اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبده كان في ملكه ولم يستفد به الا
لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسمائة لثبوته من كل وجه والالف
ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله قوله فان كان مع الف بالنصف فاشترى بها عبدا
قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك
مال المضاربة وان فدياه فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر

بعقده وكان الملك بينهما ارباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما وهذا عتق الربع
كان العبد قيمته الف وهو رأس المال وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم
الاولوية كما تقدم فاذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلا جنايته لانه صار مضمونا عليه
فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن
انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفداء والخصم والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني ما اذا
ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد
والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وحده ولان العبد كالزائل لانه استحق بالجناية والمستحق بها كالزائل
الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة
يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي اذا ضاع الالفان فان
العبد فيها على المضاربة فان كان معه الف فاشترى بها عبدا وهلكت قبل النقد الى البايع رجع المضارب على
رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا
وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين او بالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا
لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان
واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة اخرى الى ان ينقطع عنه العهدة بوصول الثمن الى
البايع مرة اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا
مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع
المغصوب فانه يصح توكيله ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر
امينا وفيه نظر لان الضمان هاهنا انما اعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبر اجتماعهما
وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا تتم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب الفا
مضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال مال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية
ما يفيد وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى الفرق دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك
والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المص هو دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا
فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف اخرى اصلا فاما
هاهنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب
فاعتبرنا في كل من الامرين بخلاف الوكيل لانه يبرأ البايع نفسه بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري
وعلم ولو غصب الغاصب الالف آخر لم يثبت في رواية تحتاج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بين ما اذا دفع
المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع
اصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف

اخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف
وهو في الرتبة بعد الاتفاق ولانه الاصل بين المسلمين قال واذا كان مع المضارب الفان فاختلف
رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل ان يقول المضارب معه الفان دفعت الي الفا
وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول

بخلاف ما تقدم

قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان
الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لكونه اعرف
بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك اي مع الاختلاف في رأس المال مثل ان يقول رب المال رأس
المال الفان ويقول رب المال رأس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف والمشروط نصف
فالقول قوله اي في الربح مع ذلك لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان اما في رأس المال فلما مر من الدليل
اما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بضاعة
كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل
في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة رأس
المال كما اذا قال كان معه الف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول
لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح او شرطا من جهته عقدا من الربح او الشركة فيه وهو منكر
ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب
لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربة وان اتفقا على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربة في الاول
ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة
فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب
المال ان اقاماها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال
لانه اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما نذكر وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نهيا له
عن العموم وله ان ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت العموم نصا فهاهنا اولى وان كان بعده ورب المال يدعي
العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان
الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع
التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا
كان كذلك كان مدعي العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال
لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لان المص هو لحاجته الى نفي الضمان
وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا
يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المص هو اللازم مقام
الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة ولو
وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا
على السواء او وقت احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه متعذر العمل بهما للاستحالة وعلى
التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر العمل بهما يعمل بحجة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما قبله ما تقدم قد مر في
اول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا
تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض

وهي على من الهبة لانه عقد لازم واللازم اقوى على ما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه
وماله في اعانة عباد الله واستيجاب الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وحكمها وجوب الحفظ
وقد ثبت مشروعيتها بقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها بالاطلاق وتفسيرها في اللغة الترك وسميت
الوديعة بها لانها تترك بيد امين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها اودعتك هذا المال او ما قام مقامها
فعلا كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك
وذهب صاحب الثوب ثم غاب الاخر وترك الثوب ثم ضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال
قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء
والعبد الآبق غير صحيح وحكمها كون المال امانة عنده **قال** الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان
الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير
عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص فالوديعة امانة
في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل
ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام وفيه نظر لانه ذكر في
غريب الحديث انه قول شريح ليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام
ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع
ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله قالوا المراد من في عياله الذي يكون في نفقته المودع وفي فتاوى الزيادات
اذا اودع عندنا شيء جاز لها ان يدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان في سكنه ولم يكن في نفقته وتركه
وترك الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن يشترط ان لا يعلم من في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظهم ضمن
وهذا اذا لم ينه عن الدفع اليهم لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ ماله بنفسه وانما يحفظ
بالبعض في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وفي هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد رح ان المودع
اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن
لانه لما كان موثوقا به في المال كان في الوديعة كذلك وقوله ولانه دليل آخر على ذلك وهو انه اي المودع لا يجد
بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع
فيكون راضيا به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها
من بيته واودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال ان الايدي تختلف في الامانة قيل
هذا بناء نقض قوله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له ان يودع
ماله عند غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وهذا خطأ وهو ظاهر لان قوله الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره
لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله قد تقدم ما يرد عليه
من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب في نظائرها
ولا بأس بذكره هنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك
كل منهم التمليك ما الوضع في حرز الغير ايداع لا تسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استاجره فيكون حافظا
بحرز نفسه قوله الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم

الى جاره او الالقاء الى سفينة اخرى طريقا للحفظ فيكون مرضيا للمالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك
لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا
يقبل الا باقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة **قال** فان طلبها صاحبها
فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها واذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه
متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبها لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه
فصار ضامنا والخلط الذي في التمييز تعذر فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند ابي حنيفة رح وقالا ان خلط بالجنس
شركه ان شاء كخلط الدراهم البيض بمثلها او السود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير وقالا تعذر
الوصول الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة
انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله وامكنه معنى غير صحيح لان القسمة
وهي من احكام الشركة فلا يصلح موجبا لها لئلا ينقلب المعلول علة ولو ابرأ المالك الخالط سقط حقه عن
المودع عنه لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابراء
اليه فتنتفي الشركة في المخلوط وان خلط المائع بغير الجنس كخلط الحل بالحاء المهملة وهو دهن السمسم بزيت الزيتونة
صار منقطعا كمذهب ابي حنيفة رح فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة
ظاهر ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد
الجنس ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع الحنطة بالشعير في الصحيح وقوله في الصحيح
احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور لان
احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التمييز صورة ومعنى وان خلط المائع بجنسه اوجب الضمان عنده
لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن
لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رح شركه بكل حال اي سواء كان الخلط بالقليل او بغيره
لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما مر في الرضاع اذا اجتمع بين لبن امراتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت
الرضاع منهما جميعا عند محمد رح ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت
بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صارا شريكين لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا
بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة
فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض بالخلط
لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد ما انفق كان ضامنا
لما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما انفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض ولهذا
فيه وان اخذ لينفق ثم بدا له فرده الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان اخذه لم يناف الحفظ بمجرد النية لا يصير
ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل **قال** واذا تعدى المودع في الوديعة واذا تعدى
المودع في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها
اليه زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة
لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا

ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد في
الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي
تندفع باثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعها فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان
الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هنا شأنه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن
الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بانا لا نسلم ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان ابطال
الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا
ينافيه الا يرى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل
بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون ردا لقول المشتري الا يرى ان الجحود في اوامر الشرع رد لها
يكفر به والمخالفة بترك صلوة او صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله كما اذا استأجر ينتظم
لمسئلة الوديعة بالاستيجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة قصدا كما استأجره للحفظ
شهرا فترك في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك من كونه امينا
واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده
بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم وغير اللازم في الانفساخ بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق
كالاجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستيجار ورد العقد على منفعة
الحافظ في المدة والمنفعة يحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون
باقيا فيما وراءه لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله فحصل الرد الى نائب المالك جواب عن قوله
فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى
نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الى آخره ظاهر وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل
ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها عند ابي يوسف رح وكذا لو جحدها عند صاحبها من
غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر رح وانما ذكر خلافهما
فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر
فيه اختلاف زفر ويعقوب لما فذكر كذلك وجه قول زفر رح ان الجحود سبب الضمان سواء كان عند المالك اولا
كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف رح ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال
وللمودع ان يسافر بالوديعة وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح اذا كان
الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن
وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل
ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند ابي يوسف رح اذا كان بعيدا وعند محمد رح قريبا كان او
بعيدا وقال الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين اي سواء كان لها حمل ومؤنة اولا لابي حنيفة رح اطلاق الامر
لان الامر امر بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا ان اطلاق الامر يقتضي الجواز
لكن المانع منه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق
آمنا ولهذا اي ولكون المفازة محلا للحفظ يملكه الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مظنونا لما جاز

لما ذكره قيل يسافر الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع
حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح لا استدلال
ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر رعاية عن مواضع التلف
فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه يلزمه مؤنة الرد لان المودع
يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به لكن ابا يوسف جعل
السفر القريب عفوا قياسا على المؤن اليسيرة التجارات والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو
في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلا شهرا بدراهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر
بذلك المال وان سافر ضمن قوله فلا مؤنة الرد جواب عن قولهما وتقريره سلمنا ان المؤونة تلحق المالك لكنه
ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع امره فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو
راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله والمعتاد كونهم في المصر جواب عن الشافعي يعني ان المعتاد كون المودعين
وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان كان في المفازة يحفظ ما فيها ولا ينتقل الى الامصار بخلاف الاستحفاظ
بالعقد بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك اي يخرج بالوديعة
فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند
رجل وديعة اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه
حتى يحضر الباقي وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك بيد المودع
كان للغائب ان يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع
الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيها الالف وهو موزون
وذكر محمد رح الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة
من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحاكي في المسئلة مشهورة لهما
انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف
ومن طلب ما سلم ليمنع عنه ولهذا كان له ان يأخذه وان كان في يد المودع بالاتفاق ولابي حنيفة رح
لا نسلم انه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين
يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا
يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون
تقضى بامثالها فلا يكون هنا تصرفا في حق الغير بل المديون متصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الاداء
لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجبر عليه ذلك والحق ان العين في حق الشريك لا الديون كما
وقع في الشرع ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي تعيينا حقه وحقه من حيث النصف
ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع
بالمقاصة قوله له ان يأخذه جواب عن قولهما ولهذا كان له ان يأخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم
ان يجبر المودع على الدفع اذا الجبر ليس من ضرورات الجواز ويعني من لوازمه لا فكأ كم عنه كما اذا كانت لرجل الف
درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي لغريم المودع بالكسر ان يأخذه اذا ظفر به وليس

للمودع ان يدفع اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم مراده الذي يتجزى بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم
هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطشت وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول ابي حنيفة رح اقيس لان رضاه بامانة
اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتاتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب
الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية
الجامع الصغير حيث قال اي انتهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة
دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه او كانت شيئا يحفظ على ايدي النساء فنهاه عن الدفع الى امراته وهذا معنى قوله وهو
محمل الاول على الاصل في ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم
يكن مفيدا او كان ولم يكن العمل به كان باطلا فيلغوا وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امراته وله امراة اخرى امينة
او عن الحفظ في الدار وله اخرى فخالف فهلك يضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره والبيت الذي
نهي عنه عورة ظاهرة او نهي عن الدفع الى امراته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف فهلك لم يضمن
لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به قال ومن اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة
ضمن الاول دون الثاني عند ابي حنيفة رح وخير رب المال في تضمين ايهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك
لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كالمودع من
الغاصب فيه انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني
رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة رح انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظه بحضور رايه وتدبيره لا من حفظه بصورة يده ولهذا لو دفع
الى من يحفظ بحضرته كعياله فهلك منه لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن لقبض الثاني
من الامين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فيستمر على الحالة الاولى
وهو القبض من امين اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره ولو كان
في يد رجل الف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه الى آخر ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله [illegible]
لان كل واحد منهما يدعي الالف قوله وان نكل اي عن الثاني اي ان حلف للاول فقط ولا يقضي بالنكول اعني للاول
او الثاني اولهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلذلك
يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه قوله لان ذلك لان المودع المنكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله عند ابي حنيفة
وباقراره عندهما ولو قضى للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا
نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قدمه اما باختياره او بالقرعة وكل ذلك لا
يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف الثاني ماذا حكمه وقال الاخرون في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي بنكوله
للاول وهو لكونه اقرارا اي يكون النكول اقرارا دلالة قوله ما هذا العبد لي يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل
يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للثاني لانه لا يمكن دفعه الى الثاني
بعد ذلك قوله بناء اي قال الخصاف يحلف عند محمد رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى
غيره يضمنها عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح كما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطات بل هي لهذا كان
عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل وللآخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه

صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا للاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول
محمد رح خلافا لابي يوسف رح لانه بمجرد اقراره لم يفوت على احد شيئا وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء
فلا يضمن ولمحمد رح انه سلط القاضي على القضاء بها للاول لاقراره وقد اقر انه مودع للثاني والمودع اذا سلط
على الوديعة غيره صار ضامنا والمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور وهو
التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في
تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء رحمهم الله هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع
بملك الغير فقيل وهو قول الشافعي رح قال لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه
ولا يملك المستعير الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان
التمليك يقتضي ان يكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان
تمليكا للمجهول واما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما تمكن كالآجر لا يملك نهي المستاجر
عن الانتفاع واما الرابع فلان المستاجر يجوز ان يؤجر المستاجر لتمليكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز ذلك
كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلماء رحمهم الله انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية وهي
انما يكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك
هو تمليك فان قيل المنافع اعراض لا يبقى فلا يقبل التمليك اجاب بقوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان و[illegible]
على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وذلك نظرا الى الانواع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع
والجامع دفع الحاجة وفيه بحث من وجوه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع
فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون
في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شرط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت
بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وهي مقدمة اصول الفقه والثالث انه
من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع وهو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن ان
يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكره بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا
على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص تعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية ومعرفة
بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من التشكيك ويشبه كلام المصنف ما نحن فيه ظاهرا فالحمل عليها اولى قوله
وتنعقد بلفظ الاباحة جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد
بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة
المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض
وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة قوله والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل
النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير من تحصيل المنافع التي لم يملكها بعد
وذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير من تحصيل المنافع التي لم يملكها بالعقد كذلك
كما في الهبة حكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر من [illegible] المحتاج اليه

المتعلق بالطبيع وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان واما قدّم الجواز
على تفسيرها لشرعية تعلق العقد بها قال ويصح بقوله اعرتك بيانا ان الالفاظ التي ينعقد بها العارية
ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه اي مجاز فيه
وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما
عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز
فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الآخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتكه المنحة وهي الناقة
او الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درّها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح
وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله الهبة لانهما لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادة الهبة
يحمل على تمليك المنافع تجوزا اي مجازا من حيث العرف العام واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام وهو
العارية وداري لك سكنى لان معناه مسكنها لك وهي العارية وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له
مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين
وتمليك المنفعة فاذا ميّزه تعينت المنفعة فحمل الكلام عليه اي على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على
المحكم وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة
ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم(?) بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة تنبيه(?) على
ان العارية تستحق الرد ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها
لم يتصل به القبض وهو لا يملك الا به فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد
لم يضمن ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها او استعمالها استعمالا لا يستعمل
مثلها من الدواب يجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم تضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره
لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لنفسه
وقوله لا عن استحقاق اي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقض الآخذ بدون رضاه احتراز عن
الاجارة فان المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك ان ينقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان
قيل قبض مأذون فيه فلا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت
بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها
لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد
على المستعير كما في المغصوب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال الغير
لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان
اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد
به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها على اختلاف القولين وما
وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا
وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن
المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه قوله والاذن جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع

يعني انه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا
ان الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه
وقوله وانما وجب الرد مؤنته جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على الضمان
لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على ان القبض
لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد
الرد وجب الضمان وقوله والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره
انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب
الضمان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد هنا اجيب بان العقد وان
كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروجه
مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا لذلك الا ان الاصل في ضمان العقود
هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله على ما
في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال وليس للمستعير
ان يؤاجر المستعار فان آجر فعطب ضمن لوجهين احدهما ان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو
فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف
مقتضى الاجارة فانه عقد لازم وما يخالفه غير لازم عكس الموضوع واما الاول فلانه ح يكون بتسليط المعير
ومن مقتضيات عقد العارية فلا تقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما
ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير بطلانها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن
حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه
الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على المؤجر
اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف
باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانها اباحة المنافع
على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما
جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا انها
تمليك المنافع على ما مر فيتمكن منه كالموصى له بالخدمة حياته [illegible] تملك المنفعة قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك
جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة
فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد قررنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم
في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما يختلف
باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال هذا اي ما ذكر من
ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة فوجب ان يبين اقسامها فقال وهي على اربعة اوجه
وهي قسمة عقلية احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان يكون مقيدة فيهما والثالث ان يكون
في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق

وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيهما ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل
عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي
القياس يضمن لانه خالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم
اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة
الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي الثالث
والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير
غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق كان له
التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك فلو فعل ضمن لتعين الركوب
في الاول والاركاب في الثاني وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب
بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده قال وعارية الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار الدراهم فقال له اعرتك دراهم هذه كان بمنزلة ان
يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا
باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة او القرض والقرض ادناهما
لكونه متيقنا به فثبت لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا فهو الثابت يقينا او
من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المشايخ رحمهم الله هذا
اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم
يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار انية ليتجمل بها او سيفا محلى يتقلده قال وعارية
المكاييل والموازين اذا قايسها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى واذا استعار ارضا للبناء
والغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك
بالاجارات فكذا بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا يعني به قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى
شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي
المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان
عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده طويلا
من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد
وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر الوفاء بالعهد
والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة
كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان اراد الاخراج قبل
ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا
ضامن لك بقيمة بنائك [illegible] وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت
صحيحة شرعا لابد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة
البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة

عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بها كذا ذكره القدوري يريد بضمان ما نقص وذكر
الحاكم الشهيد انه اي المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما
فله ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشايخ رحمهم الله اذا كان في الارض ضرر بالقلع فيضمن نقصان البناء والغرس يحمل على ما
اذا لم تنقص الارض بالقلع ضررا اما اذا انتقص فالخيار في الابتداء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى
صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يمكن بالقلع وترك الضمان اذا
لم تتضرر الارض بالقلع واما اذا تضررت فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد
الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة
الحقين فانه لما كان الترك باجر لم يفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الاخر بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة
فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستاجرة
على الموجر وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب اجره عليه والرد في العارية واجب على المستعير لانه
قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية
لان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا تعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين
المستاجرة لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متقوما اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة
رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فيكون المؤنة عليه ومن استعار دابة فردها
الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لانه صار كرد المغصوب او الوديعة الى
دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد
الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا
ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط
وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه يعني ولو استعار عقد لؤلؤ لم يرده الا الى
المالك للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها الى من في عيال المالك كعبده واجيره مسانهة او مشاهرة
فهو صحيح لانها امانة وله حفظها على يديهم كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبده او اجيره مسانهة او مشاهرة لوجود
الرضى به من المالك الا يرى انه لو ردها اليه هو يردها الى العبد واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم
على الدواب يعتبر به قيل هو شرط وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع اجنبي ضمن
ودلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال
بانه يملك الايداع وهو مشايخ العراق اولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان الاجنبي
مودعا وليس له ان يودع غيره فاذا اودعه وفات ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب
المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة
تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقاد الاجماع وتصح
بالايجاب والقبول والقبض وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف
ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك

لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى
هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز
ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد المتبرع لم يلزمه شيء لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض
ذلك اذ فيه الزام التسليم ورد بان المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه صيانة عن تصحيح
كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة
فان ما لا يتم الشيء الواجب الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من النذور فانه يجب بالنذر
او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز
له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام
ثمه زيادة على ما تبرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وح لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم
اهلية اللزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه
بمجرد القول كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه
فيه لا ذم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به وهو القبض
وفي الوصية موت الموصي لكون الموت منافي المالكية فصح الالحاق قوله وحق الوارث متاخر جواب عما
يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره ان
حق الوارث متاخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها فيقام مقام الميت فلا معنى لتسليمه لانه لم يملكها ولا قام
مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق
لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف في
ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه
الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف
عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول والمقصود
منه اي مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك يكون الايجاب منه تسليطا
على القبض تحصيلا للمقصود فكان اذنا دلالة ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه
الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض
فان التسليط موجود ولم يجز القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لا
تعمل في مقابلة الصريح وفيه بحث ان الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع
والثاني ان مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول في البيع فاسدا لم يجعل
ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن واجيب
عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وجد عقد تام
وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده
تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به **قال** وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت
هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل

التسليم

وكلام

قوله

وكلامه واف لافادة المطلوب سوى الالفاظ نذكرها اكل ولدك نحلت مثل هذا روى النعمان بن بشير قال
نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على
عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل ولدك نحلت مثل
هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده اي ولورثته المعمر له من
بعد المعمر له يعني يثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية
الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد
عليه عملت نيته لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانه لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة
يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هناك ان قوله لانه لتمليك العين في العرف فاستعماله
في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة اللغوية
مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله
عليه السلام المنحة مردودة قوله ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية في الوضعين اما
الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام وقوله لان العارية محكم في تمليك المنافع كان الواجب هبة
ان يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه
بالعارية ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله هبة تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود
لانه ملكه الدار ثم نبهه على ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك
تاكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل بخلاف قوله هبة سكنى
لانه تفسير له والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع تفسيرا للاسم الاخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا
وفعل لان قوله يسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم **قال** ولا تجوز الهبة فيما يقسم
الا محوزة مقسومة الموهوب اما ان يحتمل القسمة او لا وضابط ذلك ان كل شيء يضره التبعيض فهو يوجب
نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير
والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب
الثمر على النخيل دون النخل او الزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز اي مجموع والثاني عن المشاع
فانه اذا حاز وقبض الثمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز ايضا الا ان يكون
مقسوما ومعنى قوله لا تجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم صحيحة جائزة
ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت ووقعت
مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها الملك على
الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع
فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا
وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكره وقال كان في قوله هبة
المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقدها

يصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض
في هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري
وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبني على
القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا اي جوازه
باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم حكم
عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله
مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون
الشيوع مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية فان
دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركة واوصى لرجلين
بالف درهم فان ذلك صحيح قوله على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا ان القبض في الهبة
منصوص عليه لما رويناه من قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان
التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده والقبض في المشاع ناقص لانه لا يتقبله الا بضم غيره اليه اي بضم غير الموهوب
الى الموهوب والغير غير موهوب وغير ماذون في الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز
فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم التي تنافي الاعتناء بشانه ولان في تجويزه الزامه
شيئا لا يلزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرضي به لان اقدامه على
المشاع يدل على التزام ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة
ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها وهذا اي ولان في
تجويز العقد الزام ما لم يلتزمه امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة
القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة
فان قيل قسم المهاياة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزمه ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك
اجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل ان يقول
الزام ما لا يلتزمه الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما
تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي
اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها من ملكه وليس فيه غير ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها ولا يلزم
ما اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على
ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع قوله والوصية جواب عن قوله كالقرض وتقريره ان الشيوع
مانع فيما يكون القبض شرطا لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح
واما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل
القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح فيه اجيب بان كلامنا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك
ابتداء وفي الصرف لبقائه على ملكه ليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف
الهبة فان قيل فاذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما جازت فالجواب سياتي والقرض تبرع من وجه بدليل انه

لا يصح

لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه
بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على ان القبض فيه غير منصوص عليه فيراعى على الكمال ولو وجب شرط كماله
لم يجز وان لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال
فكان اشارة الى الوجه الاول لعلى ذلك قيل الوجه الثاني فيه خلل في جميع العقود فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية
لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص شخص ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت الملك
لما تقدم من وجهين قوله لما ذكرنا ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين وكانت
معلومة من ذلك لكن اعاده تمهيدا لقوله فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه تبين ان المانع
من الشيوع مقارنا لا طاريا حتى لو وهب نصف دار لرجل ولم يسلم حتى وهب النصف الباقي وسلمها جملة جاز
قال ولو وهب دقيقا في حنطة بنى كلامه هاهنا على ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا
بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون
المعدوم وهذا مما يرشدك الى ان مراد المص بقوله لا يجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لان المشاع
محل الاشتغال وهو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز
لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز في المشاع كما في المعدوم وانما جعل الدهن في السمسم والدقيق في الحنطة
معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات
كذلك ولا يبقى موجودة فاذا كانت العين في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض
لان اليد القبض امانة ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه
قبض الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى
دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين
ليس بقبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او بيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان
الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب
عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها واذا وهب
الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه باعلام ما وهبه وليس الاشهاد بشرط الا انه فيه احتياطا
للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب في قبض الاب فينوب عن قبض
الهبة ويد مودعه كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره يعني في الاولين
او في ملك غيره يعني في الآخر والصدقة في هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها
والاب ميت ولا وصي له وقيد بقوله وهو في عيالها لتكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصي
لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم
قيل مطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد
من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي
في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في المال فقيام
ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله

لثبوت نوع ولاية له ح الايرى انه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فينتظم هذا القدر بطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة وارى انه لم يطلق ولكنه افصح فى التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهب له ذو رحم محرم منه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف ايضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب فى اكثر الاحكام ووصيه كوصى الاب وان وهب للصغير اجنبى هبة تمت بقبض الاب لانه يملك الامر الدائر بين النفع والضرر فالنفع المحض اولى بذلك **قال** واذا وهب لليتيم هبة اذا وهب لليتيم مالا فالقبض الى من له التصرف فى ماله وهو وصى الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم فى حجر امه فقبضها له جائز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان فى حجر اجنبى يربيه لان له يدا معتبرة الا ترى ان اجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا فى حقه لكن بشرطان لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبى الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع فى حقه وهو من اهله اى من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له فان قيل عقل الصبى اما ان يكون معتبرا اولا فان كان الثانى وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود الاصل فالجواب ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار الخلف توفيرها ايضا لانه ينفتح به باب آخر لتحصيلها وكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبره المتردد بين النفع والضرر سدا لباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر فى عواقب الامور فلا بد من جبره براى الولى واذا وهب للصغيرة ولها زوج فاما ان زفت اليه اولا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان الاب قد فوض امورها الى زوجها اليه وهى صغيرة واقامه مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها واطلق المص ره عن كونها عاقلة مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال انها كانت مما لا يجامع لا يصح قبض الزوج عليها وحضور الاب لا يمنع من ذلك فانه يملكه وان حضر الاب فى الصحيح وهو احتراز عما ذكره فى الايضاح وان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيره فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله فى الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف ليست رواية اخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها وان كان الثانى فلا معتبر لقبض الزوج لها لان ذلك بحكم انه يعولها وانه لم يتحقق قبلها حكمه سحقه وذلك لا يوجد قبل الزفاف **قال** واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانتفاء الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابى حنيفة رح وقالا يجوز لان هذه هبة الجملة لاتحاد التمليك ولا شيوع فى هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع فى الرهن اكثر منه فى الهبة حتى لا يجوز الرهن فى مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولابى حنيفة رح ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبلها احدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير ممتاز فكان ثابتا للشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس

منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت للملك شائعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين جميعا فاما اذا حصل فى احدهما فلا يؤثر لانه لا يخلو بالمستبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جواز المشاع ووجه ذلك ان يقال ان سلمنا ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين فهو موجود فى الطرفين واما ان المانع هو ضمان القسمة بالمستبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض قوله بخلاف الرهن جواب عما استشهدا به ووجهه ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير يدل على انه فرق بين الهبة والصدقة فى منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لان توقفها على القبض الشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيهما واما الهبة فيراد بها وجه الغنى والفقير انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتاويل ما ذكر فى الاصل الصدقة على غنيين فيكون مجازا عن الهبة ويجوز المجاز بما ذكر فى الكتاب ان كل واحد منهما تملكه بغير بدل **قال** ولو وهب لرجلين دارا اعلم ان التفصيل فى الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيها ولهذا ثلثها او بالتساوى كقوله لهذا نصفها ولهذا نصفها او لم يذكره لذلك ولم يذكره فى الكتاب وان كان الثانى لم يجز عند ابى حنيفة رح مطلقا اعنى سواء كان متفاضلا او متساويا بناء على اصله وجاز عند محمد رح مطلقا بناء على اصله وفرق ابو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففى المفاضلة لم يجوز وفى المساواة جوز فى رواية على ما هو المذكور فى الكتاب بقوله وعن ابى يوسف رح وفيه روايتان بهذا الذى يدل عليه ظاهر كلام المص رح وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابى يوسف رح فيه روايتان تفصيلا ابتداء ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح انه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المص رح عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه اثبت الفرق لابى يوسف رح بما ذكره فى الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك فى البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوى على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدودة عن اصله وهو اصل محمد رح فليست بمحتاجة الى الدليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك فى البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بما ذكره موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما فى قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز بنص التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على اصله فيه عن اصله والمذكور فى الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على اصله وقد صح ولانه التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع فى الهبة بالتنصيص على الابعاض فى الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلافا انه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء على اصل صح ان يكون مبنى الجواز وعدمه فى الهبة

ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند
الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا ولو خالفه كما في التثليث كان
معتبرا وحينئذ تفريق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة
وكما في الرهن فان حال التفصيل فيه يخالف حال الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما
في الكل وعند التفصيل لا يثبت

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة
ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع من ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب
لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج بقوله
كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام وبني الاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالذي
في قوله وهب لاجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلمها اليه والثاني لم يقترن من موانع
الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي لا رجوع
فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم
ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال
هذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد وتقريره انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزء الواهب
على اصله اي على اصل الشافعي رحمه الله فان من اصله ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه
كالتمليك من نفسه من وجه ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان
يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره فيه حقا ولا
حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط
العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى
من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من
العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود
اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد
به من غير قضاء او رضى الا الوالد فانه ينفرد بذلك اذا احتاج اليه للحاجة وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر
وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب اي القدوري فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله
عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا الاستقباح لا للتحريم بدليل قوله عليه السلام في حديث آخر
العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه حيث شبهه بعود الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع
ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها القائل بقوله موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه
فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الواهب والزاي
الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود
او تزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال توجب زيادة في قيمة الموهوب وانما اشترط الزيادة
لان النقصان لا يمنع الرجوع وانما اشترط الاتصال لان المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت
كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل

ولا معها لعدم دخولها تحت العقد وانما اشترط كونها موجبة في زيادة القيمة لانها لو لم يكن كذلك عادت نقصانا
فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة
فان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصل
اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان يكون مقصودة
بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد
بعد الانفصال لا يتبع الام ولا سبيل الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربوا بخلاف
الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربوا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب
انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة بخلاف الرجوع في الهبة فان
الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة واذا مات احد المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه ان مات
الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته وان مات الواهب فوارثه
اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا اخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك
بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب
قال فان وهب لآخر ارضا بيضاء هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والاري
هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآري الاخية وهي عروة تجعل تشد اليها الدابة
في محبسها فانما هو من تأرى بالمكان اذا قام فيه وقيد بقوله وكان ذلك زيادة فيها والواو للحال لانه ما يكون
كذلك اذا كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا تمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله واذا قال
الموهوب له للواهب بيان الالفاظ التي يستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به
الرجوع وانما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما الرجوع في هبته وليس
من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا
يتحقق فيها الربوا ولا ان يحصل العوض له على الموهوب له بل لو عوضه اجنبي متبرعا صح واذا قبض الواهب
بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح لكنه يشترط فيه شرائط الهبة
من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض
بيتا منها اما الموهوب الثاني والعوض بيت منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم يقينا ان قصد الواهب
من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فانه قال التعويض ذلك بمنزلة امواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع
فكذا بهذا والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق به فان قيل هل فيه في قوله
منها فائدة او ذكره اتفاقا واجيب بانه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بعوض
المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما امره
به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بامره ثم
ان المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامره او بغيره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا كان بغيره
فظاهر واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بمال
نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما

نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر يرجع
يرجع بنصف العوض فان احد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه
اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن
الكل من الابتداء وما يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء ولان البقاء اسهل
من الابتداء فلان ما يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء وبالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعورض
بان القرض انه عوض واجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان
النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء واجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما
نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما
اذا كان العوض مشروطا لانه بيع مبادلة فيتوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر ان العوض
ليس بواجب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام ولنا الواهب فيملك الهبة ابتداء
من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على اجزاء الحكم قوله الا ان يرد اي الا
ان الواهب يتخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسك ولم يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه
في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها
رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ
فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض لاسقاط الحق فوجب ان يبطل في
الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق اجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى
المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما لا يصح الرجوع في
الهبة الا بالرضى او القضاء لانه مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للش ...
واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة
فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر لانه غير مرتبط والمخلص منه على اختلاف
الصحابة رضي الله عنهم انه ثبت قوله وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه
تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما
الوهي وهو خطأ لان مثل المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ قوله وفي حصول المقصود
وعدمه خفاء لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل فاذا تردد لابد من الفصل
بالرضاء او القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك فلم يضمن لقيام ملكه فيه
وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى
واذا رجع بالقضاء او بالرضاء كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة
المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالتراضي
فهو كالبيع المبتدأ والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او على دفع سبب لازم يجعل العقد ابتداء بيع
وههنا تراضيا على دفع سبب فيه لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط
قبض الواهب ويصح في الشائع كما اذا وهبا لاثنين ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة

مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لانه
ذكرنا قوله لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره ان هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع
وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضاء والقضاء لانهما يعملان الى
بالفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق فيشمل التراضي والقضاء قوله بخلاف الرد جواب عن قياس زفر
وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان فسخا في صورة القضاء خاصة لان الحق هناك في وصف السلامة
حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان في
العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من وجه كان ذلك كابتداء عقد منهما واما القاضي فانه
يقضي اولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء
فافترقا واما قيده بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء او بالرضاء
وفائدة هذا انه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء
رجع الثاني في هبته بقضاء او بغير قضاء خلافا لزفر وفي هبته واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع
ان يرده على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغير قضاء فليس له ذلك قال
واذا تلفت العين الموهوبة واذا تلف الموهوب واستحق مستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد
تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احترازا عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل
للمودع في ذلك القبض يحفظها لاجله فان قيل غره بايجاب الملك له في المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب
الضمان كالبائع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا
وقد تقدم وذكر في الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق
رجع على الواهب ولم يذكره المص فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او الضمان نصا ولو
وهب بشرط العوض مثل ان يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد الا ان يقول بالباء فانه
يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء وانتهاء بالاجماع
اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين لم يثبت الملك لواحد منهما بدون
القبض ويبطل بالشيوع وان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق
الشفعة فيه لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع و
التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا انه اشتمل على
جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى ولكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين وامكن الجمع بينهما وجب اعمالهما
لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما والبيع من حكم التقدم وقد وجد ذلك في الهبة كما اذا قبض
العوض واذا انتفت المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها
وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه
باللفظ حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاء بمعناه حتى يكون من الثلث بعد
الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع
بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة **قال** ومن وهب جارية الا حملها الخ اعلم ان استثناء الحمل على ثلثة اقسام قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول لما نحن فيه من الهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا غيره لم يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر وامر بجزه او اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجز في الصوف والحلب في اللبن قوله وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكرها فيها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فيكون جائزة واشبه الاستثناء في امكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجويز لان الجواز في الاستثناء كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع من ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هو شيء مشغول بملك الواهب كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح ان يجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا اريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يوجب الشيوع ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمص رح اراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم قال ومن وهب جارية على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا وتصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها مخالفة لمقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد او الاعتاق او غير ذلك فيفسدها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر ورجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات

والهبة ليست منها **قال** ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الى النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض ببدلي الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول قوله قلنا انه يرتد بالرد تقييد باطلاقه فانه يعمل في المجلس وبعده سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يحتاج ان يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء من الدين منها ومنها ما يحلف بها كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو ان يجعل داره لشخص عمره واذا مات يرد عليه جائزة للمعمر له في حال حيوته ولورثته بعده لما روينا انه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والشرط وهو قوله اذا مات ترد عليه باطل لما روينا انه عليه السلام ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يوجب بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة والرقبى وهو ان يقول الرجل لغيره داري لك رقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعير ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شاء لانه يتضمن اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف رح جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى ماخوذا من المراقبة وان كان ماخوذا من الارقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ما يشير اليه ان ابا يوسف رح قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان جعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد من ابناء الشيوخ في بعد استقرار الاحكام لانه مدفوعه ليس بمستحسن فان قيل ما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه عليه السلام سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فاجاب بجوازه بذلك الحكم

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الفوائد ذكرها في كتاب الهبة وفصلها فصلا **قال** الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانها تبرع كالهبة فلا يجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض منها وفيه تامل لان حصول الثواب الاخروي فضل من الله ليس فيه ما فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد بحصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غني بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض تم حصول العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير عنده ولكن العامة قالوا في ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض فالتصدق على الغني لا ينافي القربة قوله ومن نذر ان يتصدق بماله الى آخره

ذكرناه من المسائل مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة هنا

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام
تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر
معنى الاجارة لغة وشريعة واما جمعها فللاشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على
منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال
نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار
يسكنها وحمام يغتسل فيها وجمل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن بالغه الا بشق الانفس وسببها ما مر غير
مرة من تعلق البقاء بتعاطيها واما شرطها فمعلومية البدلين واما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين
من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة واما حكمها ودليل شرعيتها فسنذكر ان شاء الله تعالى

الاجارة عقد على المنافع بعوض بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة
وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة
في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا
ومن الاثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه
فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان
ان معلومية الاجر شرط جوازها وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود
عليه فالملك في البدلين ايضا ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة
فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر
في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر واجاب
بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار
المعين ثم يظهر عمله العقد واثره في حق المنفعة يعني يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا
يعني ينتقل من حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع يثبت في الحال ويتاخر الاستحقاق الى نقد
الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة
معلومة لما روينا من قوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا
يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو
الاجرة كالتبع كالثمن في البيع فاذا كانت معلومية التبع شرطا كانت معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة
في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح
ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا
يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح ان يكون
اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين فانه كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا
العينين من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على
المثال ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة

وكذا اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا قوله وهذا اللفظ يريد به قال
وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع
اموال تجارة ان تقع اجرة ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن شرطه ان يكون
مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة قال والمنافع
تارة تصير معلومة بالمدة قد تقدم ان المنفعة لا بد وان تكون معلومة في الاجارة فلا بد من بيان ما يكون معلومة
فتارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة اذا
كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فيصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع
فيها متفاوت فاذا لم يبين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طول المدة وقصرها عندنا اذا كانت
بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار
المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنع بعضهم
لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة
مؤبدة معنى والتابيد يبطلها وجوزه آخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام
العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في
مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امراة الى مائتي سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التابيد
ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة قوله الا
في الاوقاف يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة
وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار كيلا يدعي المستاجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف ان لا يوجر اكثر من سنة
واما اذا شرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك وان كانت مصلحة الوقف يقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازه
وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون
الصبغ وقدره او استاجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة او استاجر دابة للحمل او الركوب
وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في الكتاب

باب الاجر متى يستحق

لما كانت الاجارة بخلاف الغير في تخلف
الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل
قال الاجرة لا تجب بالعقد قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها
بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فان يملكه المشتري بمجرد
العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا يملك لانه محمل ما ذكره في الجامع انه لا
يملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه فان قلت فلم لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك لانه اعم منه وذكر الاعم
وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان
يكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق
بمعنى يملك يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي يملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل
الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة

مؤجلة ولو لم يجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي
وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابلها من البدل فانه قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة
العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود
عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد اى عقد الاجارة
معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في
البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل او
عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى
العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين ولا مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من
حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني
ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالف مقتضى المعاوضة ونوقض دليلنا بان الابراء عن الاجرة
والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ممنوعة وجوزه محمد رح لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم
به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح
الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة لانها تكفل بما يجب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت
يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او اشتراطه فكذا الرهن به والجواب
عن قوله ولم يجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين بدين لان الدين ما يكون في الذمة و
المنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سايغ شايع لكونه
اقامة السبب مقام المسبب واما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك قوله واذا قبض المستاجر الدار
بيان ان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب ان يقول باحد معان
اربعة وان يقول او باستيفاء المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه
احيانا وبدل احد الاقسام لا يكون قسيما بذاته فاذا قبض المستاجر باجارة صحيحة ما استاجره ولم يمنع
عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب
على الآجر تسليم العين التي يحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه
غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك
مانع منه او من العين او من اجنبي سلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل
من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فانه بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الاجر
فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر دابة الى الكوفة
في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها في غير مكانه كمن استاجر دابة
في بغداد الى الكوفة فسلمها الآجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة
او سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها جرح فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها وفي مكانه صحيحة لا عذر
فيها لكن منعه سلطان او غصب غاصب او لم يكن شيء من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر

في جميع ذلك ليس بواجب لانه لم يستوف المنفعة لان التقصير لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل
كلام المص ره ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف
فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه من الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه
تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع من الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه
فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكرهما اعتمادا عليها فان وجد
المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر **قال** ومن
استاجر دارا ذكر هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو من ان يكون وقت الاستحقاق مبينا
بالعقد او لا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة
التاجيل اذ الاستحقاق متحقق عند استيفاء اجزاء المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق
المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك
اجارة الاراضي وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود
ككل يوم وهذا قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر
وهو قول زفر رح لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا يكون مسلما في بعضها لان اجزاء
الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم
جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة
قبل الفراغ كما سياتي فان قيل قال المص ره فلا يتوزع الاجر على اجزائها يعني المنافع وهو خلاف المشهور قلنا
المشهور ان اجزاء العوض ينقسم على اجزاء المعوض وقياس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة
بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفى المستاجر بعضها فلزم العوض بقدره ولا كذلك
العمل لانه لم يتسلم من الخياطة شيئا فالجواب ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وجوبا وليس
فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياطة وجد تقديرا لان عمل
الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على ان المص ره لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه
فانه لو كان صحيحا لم يكن للرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاقها للاجر
ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر
به بل المطالبة تفضي الى عدمها فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من
جهته فيمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدرنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير
وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به فلا
يستوجب به الاجر وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطلب اجرته لانه منتفع به وكذا
اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر
ان الشرط فيه لازم قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام
والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية ونقل عن
كل ذلك نقلا يدل على ان من استاجر خياطا ليخيط له في بيت المستاجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة

يجب على المؤجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت لحصة معلومة من الاجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل
من التجريد ان الحكم قد ذكرنه كما ذكر في الكتاب فيحمل ان المصنف رح اتبع صاحب التجريد وابا الفضل الكرماني في هذا الحكم
واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقل يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كانت لحصة معلومة وادى
ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا وللبدن او للذراع حصة معلومة من كل
الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة فقد فرغ من
عمله فيستوجب اجره كما في كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على
حدة باجرة معلومة ولعل هذا مستند المصنف رح والله اعلم بالصواب قال ومن استاجر خبازا ليخبز له ذكر
هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط
آنفا والثاني ان فراغ العمل باذا يكون فاذا استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا دقيق بدرهم لم يستحق الاجر
حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده
قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان قيل خبزه في بيته يمنع ان يجعله غيره ومن عمل لواحد
وحد فاستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل اجيب بان اجير الوحد من وقع العقد في حقه
على المدة كمن استاجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستاجر على العمل فكان اجيرا مشتركا فتوقف استحقاقه
على فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد
بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه جناية توجبه قال المصنف رح وهذا اي قوله لا ضمان عليه عند
ابي حنيفة رح لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب
من الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحبه
بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح
عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد ولا قيمة له قال في النهاية هذا
الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو يجري على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق اما عند
فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما ومن
استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تغريفه الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استاجره ليطبخ
قدرا خاصة فليس عليه الغرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ابي حنيفة رح باقامته
فان افسده المطر قبل ذلك او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه حتى يشرجه
اي ينضد بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله وباقي كلامه ظاهر قال وكل صانع
لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى
يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهذا ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء
البدل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين
فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقدير يكون حبس العين حبسا مضمونا فلا يتعدى الى عدم الضمان
ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه فاجاب بما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يجب
الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف

ومحمد

ومحمد رح العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان
شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره في باب ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالحمال والملاح
فليس له ان يحبس لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل او بعينه له والحبس فيه
غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن له ثمة من النشاء وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء واما اذا كان
ففي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رح وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان ان
احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر في العين قيل وهو الاصح لان البياض كان
مستترا وقد ظهر بفعله قوله وهذا بخلاف الآبق جواب عما يقال راد الآبق اذا رده انسان كان له حق
الحبس وان لم يكن لعمله اثر في العين قائم ووجهه ان الآبق كان على شرف الهلاك وقد احياه برده فكانه
باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكره يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله اثر وهو مذهب
العلماء الثلثة رحمهم الله قال زفر رح فيما قيل وهو مذهب الشافعي رح ليس له حق الحبس في الوجهين يعني في الذي لعمله فيه
اثر وفيما لم يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في
بيت صاحبه والجواب ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم منه ذلك
الرضاء بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض
المبيع كان له ان يحبس وقد تقدم ومنه قبض المشتري المبيع بغير رضا البائع فان للبائع ان يحبس
وان سلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال واذا شرط الصانع ان يعمل بنفسه واذا شرط الصانع
ان يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او تعمل بيدك مثلا واليه اشار
المصنف رح بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه
كالمنفعة في محل بعينه كما ان استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم غيرها وفيه تامل لانه ان خالفه
الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان اطلق
العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

لما ذكر استحقاق تمام الاجرة ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق
تمام الاجر او بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض ومن
استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فاما ان يكونوا
جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق جميع الاجرة فان كان الاول فله الاجر بحسابه لانه اوفى
بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني رح واختاره المصنف رح
اشار بقوله ومراده يعني العدد رح اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي
بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع وان
كان الاول فلا اجر له عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح له اجر الذهاب وهذا بناء على ان المعقود
عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وقع عند محمد رح انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد
اتى ببعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود وهو
علم ما في الكتاب وقد نقضه بعوده فيسقط الاجر كما اذا استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجده

مثناة فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لنقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناقض على محمد رحمه الله لان المعقود
عليه في مسئلة الكتاب منه قطع المسافة ولم ينقض ما قطع منها

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة
ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد
خلافا ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى قيل صورة المسئلة ان يقول استاجرت منك هذه الدار شهرا بكذا
ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو
السكنى وبه سمي مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب
ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه قوله وانه
لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه
ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان
والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق
العقد فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء او الدابة دون اليد
ان لم يوهن البناء وفي الجملة كل ما لا يضر بالبناء جاز ان يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز ان يكون
بفتح الياء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال وينتفي به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم الياء والمفعول
مفعول له وينتفي به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها
منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من
البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا
للمنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع
ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان
في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز
ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البناء والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك منفعة مقصودة
بالاراضي فيصح بها العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعهما وتسليمها فارغة لانها لا نهاية لها
ففي ابقائهما ضرر لصاحب الارض بخلاف جانب المستاجر وانما من جانب الموجر فان الارض اما ان ينقص
بالقلع او لا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه برضى المستاجر او لا وان شاء
رضي بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فكذا ان
يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر
المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا لو قطعناه تضرر المستاجر ولو
تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر الموجر وفي تركه باجر رعاية الجانبين فصير اليه واورد مسئلة الجامع
الصغير لبيان ان الرطبة كالشجر **قال** ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل اذا استاجر
دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من
شاء او على ان يركب فلان وهي ثلثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا

فاحشا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس لا يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا
ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان
للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانها عقد تنعقد ساعة فساعة فكل جزء
منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وان كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين
اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلك
فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب
من شاء وان كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لا يتعين اعتباره فان تعدى كان ضامنا
وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا
شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد يتفاوت
السكان ايضا فان في السكنى بعض قد يتضرر كالحداد ونحوه واجاب بقوله والذي يضر بالبناء خارج على
ذكرنا واعتبرنا ذكرت لك تستغني عما في النهاية من التطويل وقول المص رحمه ويجوز استيجار الدواب للركوب
معناه للركوب معين اما نصا حقيقة او تقديرا وان سمى نوعا ومقدارا من شيء يحمله على الدابة مثل ان يقول
خمسة اقفزة حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى مثلها غيرها او ما هو اقل ضررا كالشعير
والسمسم فانهما اذا كانا خمسة اقفزة كان اقل وزنا فكان اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا
ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح
فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت يعني
اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان [illegible]
مثلها كيلا لانه اثقل لانعدام الرضا به وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه
حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه وانما ذكره مع
كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون فان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت
ضمن نصف قيمتها سواء كان الرديف اثقل او اخف من الراكب لا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب
الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد
الراكب كعدد الجناة في الجنايات والجناة جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجلا جراحة واحدة والآخر
عشر جراحات خطاء فمات فالدية عليهما انصافا لان رب جراحة واحدة اكثر تاثيرا من عشر جراحات وانما
يكون رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان استاجرها
ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وسبب
الهلاك الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حملها واما اذا كان حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها
لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استاجرها ليحمل
خمسة اقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه
لانه ماذون في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة فتوزع الضمان ونوقض بما لو استاجر فدانا ليطحن به
عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن

انما يكون شيئا فشيئا فاما الطحن فالعشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن
فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون جملة واحدة بعضها مأذون في بعض دون بعض فيتوزع الضمان على ذلك وبهذا
يندفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فاردف رجلا انه يجب اي يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها
ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فركوبه زيادة ضرر عليها
فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لان في الاركاب منفردا مخالف من كل وجه وفي الارداف
مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر **قال** وان كبح الدابة بلجامها وان كبح الدابة
بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا فعل
فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي
عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح
المتعارف او الضرب المتعارف وح يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابي حنيفة رح
القول بالموجب اي سلمنا انه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن
تحقق المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق وان استأجرها الى الحيرة
بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة فجاوزها الى القادسية
موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها الى الحيرة ضمنها وكذلك العارية واختلف المشايخ
في معنى هذا الموضع فمنهم من اول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول
الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى
فهو نايب المالك والرد الى المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بان المودع مأمور بالحفظ مقصودا
وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا فيحتمل
يكون الرد ردا الى نايب المالك والمستأجر والمستعير والمعير مأمورين بالحفظ تبعا للاستعمال لا
مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق
نايبا ليكون الرد ردا اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك او نايبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب
على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة
البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان يحصل البراءة بسبب آخر و
في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا
نسلم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان وتقرر الضمان على الغاصب
يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضمونا بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة
بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت الفرق بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث
يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب
ان الاتحاد من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق
وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا

النايب رد الى

بين الشيئين

وذلك موجود فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكرى حمارا بسرج فاستعمله به موافقة فان
نزع فاما ان يستعمله بسرج آخر او اكاف وكل منهما على قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر او لا وكذلك
الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثل الاول تناوله الاذن اذ لا فايدة في التقييد بغيره اي من جنسه
يعني لا فايدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره مماثلا وفي
بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله الا اذا كان زائدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان
عليه فان الزايد لم يتناوله الاذن فكان مأذونا في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة
اذا كانت من جنس المسمى وهو موضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج بمثله مثل ان
يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا
يوكف بمثله الحمر يعني لما قلنا في السرج انه لم يتناوله الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم
يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يعني بعد ما ذكر في المشايخ منهم
من قال ليس في المسئلة روايتان يحمل على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر
ما زاد ومن المشايخ من قال بجميع القيمة قال شيخ الاسلام رح وهذا اصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة رح فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان
السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه
بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار
المص رح في الدليل لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان
زايدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه
ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على ظهر الدابة اكثر من
الآخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا
وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة
فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه ومن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو اما ان
يكون ما سلكه مما يسلكه الناس او لا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما
وعرا او اخوف او نحو ذلك او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول
ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد رح اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ في الطريق الذي
يسلكه الناس ولم يقيد بما هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه
الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ
فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت
بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود
وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة **قال** ومن استأجر ارضا ليزرعها حنطة ومن استأجر
ارضا للزراعة شيئا فزرع شيئا مثله في الضرر بالارض او ما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة ومخالفة الى خير

وذريع ما جو امرها كالرطاب فيمن استاجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شر فيصير به المستاجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص
وسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل
على تنافي الملزومات قوله ومن دفع الى الخياط ثوبا ظاهر وقوله فينتفع به انتفاع القميص من حيث ستر العورة ودفع
الحر والبرد وقوله لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء والباقي
ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

اخر الاجارة الفاسدة عن
صحيحها لانه يحتاج الى معرفة لوقوعها في محلها قال الاجارة تفسدها الشروط الاجارة بالشروط
فساد البيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت
بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كان اشتمال
الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت بجهالة المسمى او لعدم
التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان وقال زفر والشافعي
يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان
المنافع عنده كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورة تتقدر بقدر
الضرورة تندفع بالصحيح فيكتفي بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة
تبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغا ما بلغ
لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة فقد اسقطا الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن
لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى
بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكر لينكر الحرمان صحت التسمية
انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول
عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم
لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم فيتعين
فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولا يلزم ان يكون
النقض بحضرة الاخر ولذا اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ويصح على قول ابي يوسف رحمه الله ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ووجه ذلك مذكور
في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر
وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه لتراضيهما بالسكنى في اوله الذي ذكره في الكتاب اي القدوري
وهو القياس واليه مال بعض المتاخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها
من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء على ان
راسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فلما انقضى راس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي
مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجي وقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلاثا منها ان يقول الذي
يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا
مضافا الى الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم

يفسده

راسه

يبين

يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما
سمى بان يقول من شهر كذا من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها
في حق الاجارة سواء لذكر الشهر منكرا او في مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان اذا حلف لا يكلم
فلانا شهرا ابدا لا من الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم بخلاف
ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه
على السواء لان الليالي ليست بمحل له يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة مستدبة لا يتعين ذلك بالسبب
ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور
العربية فيها كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو
رواية عن ابي يوسف رح ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهرا بالايام يكمل
بقية من الشهر الاول من الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا يتعدى الى غيره
ولابي حنيفة رح ان اتمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول كان
ابتداء الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية ذكر
حوالة غير رابحة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند ابي حنيفة رح بالايام وعندهما في بعض الاول
والاخير بالايام لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف رح قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق
بالاهلة في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة
كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال
ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام استيجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف به ولكنه القياس
عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما
الحجام فلما روى ان النبي عليه السلام احتجم واعطى الحجام اجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا
مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرها في الاجارة الفاسدة مع كونها جائزة لان لبعض الناس فيه خلافا فان
بعض العلماء كره بناء الحمام اخذا بظاهر قوله عليه السلام الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء
فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وامرن بالقرار وروي عن احمد بن حنبل رحمهما الله انه لم يجوز
اجرة الحجام وكره كسب الحجام عثمان وابو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله وروى ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء رحمهم الله
لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المراة تحتاج الى الاغتسال
من الجنابة والحيض والنفاس ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح ان النبي عليه السلام
دخل حمام الجحفة وما روي انما روي عن الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد التستر فلا باس بالدخول
ولا كراهة في نفسه كما لا كراهة في بناء الدور والحوانيت والنهي عن كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر فان اخر حديث ابي
هريرة رضي الله عنه فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلفه من كسبه قال نعم واتاه اخر فقال
ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة
عسب التيس اي ضرابه وهو ان يوجره ليتركه على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة الجواز ووجهه

وهو انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كالاستيجار الظئر
للارضاع قلنا هو مخالف لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة
عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكلامه فيه ظاهر وقوله على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز
عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشايخنا يريد به مشايخ
بلخ رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لتغير زماننا وجوزوا ضرب المدة وافتوا
بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار او عند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني
في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين
عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم
بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال ابو عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ
الاجرة ذكره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق
بالعقد فانه لو استحقت به كان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل **قال**
ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك ولا يجوز ان يؤجر الرجل نصيبا من داره مشتركا من
غير الشريك عند ابي حنيفة فيه سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع له
منفعة ولهذا يجب اجر المثل وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا
والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من
رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة فيه انه آجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين احدهما ان
يكون معارضة وتقديره آجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة كالدار
او لا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا يصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون
دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه آجر ما لا
يقدر على التسليم فيمنع صحة الاجارة وقوله والتخلية جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية
لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا ومعنى التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانما
اعتبرت لانها وسيلة الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول واذا فات المعلول لا تعتبر
بالعلة بخلاف البيع فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن فيه حاصلا
وقوله واما التهايؤ فجواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام
العقد بواسطة الملك وهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متوقف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم
ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا آجر من شريكه
جواب عن قولهما فصار كما اذا آجر من شريكه ووجهه انه اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع
وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد لا شيوع
يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا للحكم
باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم
ان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع

غير مقصود والشريك والاجنبي فيه سواء واما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك
لا يوجد في حق الشريك وقوله والاختلاف في النسبة لا يضر جواب عما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع
اختلاف النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا
ووجه ذلك ان الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على انا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالامر
على هذه الرواية وقوله بخلاف الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات احدهما فانه تبقى الاجارة
في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء ولان القدرة لوجوب التسليم
ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكنه
في قوله وبخلاف ما اذا آجر بيته من رجلين كما عرفت بالتأمل وقوله وبخلاف ما اذا آجره من رجلين جواب عن
ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو
مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا
يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد غير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة
على انه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها والصواب ان يقال
الطريان انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه **قال** ويجوز استيجار الظئر باجرة
استيجار الظئر باجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق
ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه واختلف العلماء في تعيين
المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي حضنتها للصبي والقيام به واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار
صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
حيث قال في المبسوط والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه
تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح
المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجرة وبين ما هو المختار عنده بقوله
والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة
ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ونحن نجيب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما اعرض
عنه شمس الائمة فيه لعدم دوية الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان ما قاله لانه
هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق به
منها اللبن فجعل العين الجزئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى
عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد انه قال لا استحقاق في لبن الادمية بعقد
الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجاز بيع الاعيان دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس
بظاهر الرواية ولئن كان فضح ما سمعنا انه يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه
مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد فيه ما يدل على شيء من ذلك قوله واذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة
باحد الطريقين صحت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار عبد للخدمة مثلا فان قيل قد علم من اول
المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلنا اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا

ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطئة لقوله عليه السلام ويجوز بطعامها وكسوتها يعني جازت باجرة
معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة رح ولان العادة جارية
بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فيدفع بها الجهالة بخلاف ما اذا من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير
ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة ولا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة
الى الجهة جميعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم بان يجعل الاجرة
دراهم ثم يدفع الطعام مكانها اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره
لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام
بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولو قدرته كلام المصنف لفظ بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا الى
وهذا اي جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله
اي تاجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي اوصاف الطعام بتأويل الحنطة اثمان اي اوصاف ثمنا
من وجوبه في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في الحكم
مبيع وان كان دينا فاشترط تاجيله بالسنة ويشترط بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند
ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد مر في البيوع والباقي ظاهر **قال** وليس للمستأجر ان يمنع زوجها
من وطئها وطئ المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة اذا لم
يعلم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يعنا وقال اذا كان الزوج ممن يشينه
ظؤورة زوجته اولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها من الخروج عن منزله
وان كانت ترضعه في بيته فله ان يمنعها من ادخال الصبي العزيز منزله كما ان للمستأجر ان يمنع الزوج من
غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا
خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا يفسخ به الاجارة كما لو مرضت
قوله وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي على الظئر والباقي ظاهر
قوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا
ايجار وليس بارضاع دليل ظاهر على ما قدمنا فانه انما لم يجب الاجرة لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن
ولهذا لو اوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة لم يستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع
والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه
وفي بعضها لانه فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب بانه اجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط
قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او ثيابه شيء لم تضمن الظئر لانها
بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم
بمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في
الذخيرة ما يدل على انها يجوز ان يكون خاصا ومشتركا فانها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون
فارضعت كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه جناية منها واخذ الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها
يجعلها فعلنا بانها يستحق الاجر منهما كملا نشبهها بالاجير المشترك وبانها اثمت بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص

ومن دفع الى الحائك غزلا لينسجه ومن دفع الى الحائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذا اذا
استأجر حمارا يحمل عليها طعاما بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي عليه السلام
عن قفيز الطحان وهو ان يستأجر ثورا ليطحن عليه حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به كثير من الاجارات
فان قيل اذا كان عرف ديار على ذلك فكيف يترك به القياس قيل لانه في معناه من كل وجه فكان بدلالة النص ومثله
لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن التلاد اي بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ
في الثياب بخاري بان عرفهم بذلك قلت التلاد لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه قوله والمعنى فيه يعني المعنى
الفقهي في عدم جواز ذلك هو ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل غيره
والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى
منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا
يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستأجر ملك الاجرة في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب
الملك في الاجرة فصار الطعام مشتركا ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه
ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الآخر احتراز عن مسئلة اخرى
وهي ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها في معنى
قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر وقوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا متصل بقوله وكذا
اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل
لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح
لان المسمى وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط واما عند ابي يوسف رح فلا يجاوز باجرة نصف ثمن
ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا
جميعا فهما شريكان على السواء **قال** ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم جمع
مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم اعلاه لئلا يزاد او ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب
على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم
فهي فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز ذكر في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ
منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المقصود هو العمل واذا كان
المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكانه استأجره
للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة رح
ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا
عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد
وبيان ذلك ان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه
بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير اجرة نظرا الى الاول ويمنع
المستأجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل
وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك

درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة رح اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها
وبين ما اذا استاجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ منه في اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق
بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى
المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية
فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل وفيه ما روي
عن ابي حنيفة رح وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق
الظرف كما مر في الطلاق فكانه قال ان تعمل في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه
بخلاف قوله اليوم فان المنفعة يستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه فيلزم الجهالة قال
ومن استاجر ارضا على ان يكربها بين في هذا ان الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد
المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استاجر
ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة يستحق بالعقد ولا يتاتى الا بالسقي
والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها
فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما
هذا حاله يوجب الفساد لان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير
صفقتان في صفقة وهو منهي عنه فانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان
ردها مكروبة فلا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا يتوقف عليه وان كان المراد بها ان يكربها مرتين فيجب
ان يكون هذا في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع
لا يخرج الارض الا بالكراب مرتين او كانت يخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلث سنين فانه لا
يفسد العقد لان الاول من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة
واما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعة في العام القابل وفناء المصنف رح وقال بل المراد
بها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل دون الاول واذا استاجر ارضا ليزرعها
بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال
الشافعي رح هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين اي باجرة هي دين على الوجه
ولو لم يكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان الجنس بانفراده
يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وقد تقدم بيان ان الجنس بانفراده يحرم النساء
القوهي في البيوع والحنا اي الى هذا الطريق اشار محمد رح وهو ما روي ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن
في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة
اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي كان ينكر الخوض على ابن سماعة في
المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل في العقد
وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك
وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانها

لما انعقد شيئا فشيئا كالمعقود عليه فيه وهو يحدث شيئا فشيئا كان ذلك يبلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به
احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب
ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق يثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي يصححه النساء
يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصححه لعقدنا فيه وللزوم وجود احدهما
وعدم الآخر تحقق النساء ويجوز ان يسلك طريق آخر وهو ان يقال ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود
عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر او لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود
عليه لا يقال الشبهة غير ناهضة للجواز ان يعتبرا موجودين لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف
القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول المقصود بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس
المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالي بالكالي اجيب بانه يتحقق
في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه سلمناه لقيام العين مقام المنفعة فيما يصححه البدل
ثم اذا استوفى احدهما المنافع وجب عليه اجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه
اجر المثل وروى بشر عن ابي يوسف رحمهما الله انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال
واذا كان الطعام بين رجلين واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على
ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة
عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام
بعض الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل
حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا
محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستيجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم
المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع فانها ايضا
فاسدة عنده وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متصور على الوجه الذي
اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما ههنا فانه متعذر اصلا فلا يجب وقوله بخلاف البيع جواب
عن قياس الشافعي رح على البيع وذلك لان البيع تصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشائع شرعا كما اذا
باع احد الشريكين نصيبه وقوله ولانه ما من جزء دليل آخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشائع ما يحمل من جزء
الا وهو شريكه فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم
تحقق التسليم اليه وللقائل ان يقول لا يخلو من ان يكون عاملا لنفسه فقط او عاملا لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه
شريكه والثاني حق لكن عدم استحقاق الاجر على عمله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب
انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس
للحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق
الاجر وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه
هناك منافع الدار وتسليمها يتحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا سلم البيت ولم يضع فيه الطعام
اصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو الحمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله وبخلاف

الصيد جواب عن قياسه على استيجار الصيد المشترك ووجهه ان المستاجر للصيد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه
فى الملك اذ حكمه يمكن ايفاؤه فى الشايع كما فى البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسى فكان الضابط ان كل موضع يجب
فيه الاجر الا بايقاع عمل فى العين المشترك لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة
المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انه للزراعة او لغيرها او يبين انها للزراعة ولم يبين
ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما يستاجر للزراعة يستاجر لغيرها
كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف منه ما يضر بالارض اكثر من غيره كالرزة والارز فان ضررهما
اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا
والقياس ان لا يكون له ذلك وهو قول زفر رح لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة
قد ارتفعت قبل تمام العقد بفعل الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد ينعقد لكن ساعة فساعة
فاذا شاهد المزروع فى بعض المدة ومرضنا اى صار وليس بعناد فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك
الوقت وما بعدها من ذلك الوقت كارتفاعها من ابتداء العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من
الابتداء جاز فكذا هنا وصار كما اذا استاجر الى القياس ثلاثا ثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس فيه
وكما اذا باع بشرط الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيئه وهذا هو الخلاف على المختلف فان زفر رح
لم يقل بذلك ايضا لكن لما اثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكرها هنا بطريق المبادى لا يقال ذكر هذه المسئلة
تكرار لانه ذكر فى اول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استيجار الاراضى للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع
فيها لان ذلك وضع القدورى وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فايدة هى قوله وان زرعها
ومضى الاجل فله المسمى ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمل الناس
فهلك فى نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستاجرة امانة فى يد المستاجر
لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجايز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لان مباشره مامور بنقضه فلا بد وان يؤخذ
حكمه من الصحيح حكما فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا لما مر فى المسئلة الاولى وهى قوله وجه الاستحسان ان
الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية
الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفى المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت
الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد

باب ضمان الاجير

لما فرغ عن بيان انواع الاجارة شرع فى بيان احكام بعد الاجارة وهى الضمان قال الاجراء على
ضربين الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير خاص واجير مشترك والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص
دورى قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دورى لانه لا يعلم من
لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور
واجيب بانه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف
معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يجوز عند عامة
المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان
المعقود عليه ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه معرفا لا يصح التعريف بنقل والحق ان

يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه
لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود
عليه الى آخره ويحتمل ان يكون قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة فى يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابى حنيفة
رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روى عن عمر وعلى
رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ
اذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب
الضمان كالوديعة اذا كانت باجر فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن
الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحرق الغالب وغير ذلك مما لا تقصير من جهته ولابى حنيفة رح ان العين فى
يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت فى يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين فى
يده مضمونة لضمنه كما فى المغصوب فان قيل الاعتبار بالوديعة ليس بصحيح لان ما نحن فيه مستحق وقد فات بما يمكن التحرز
فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا وذلك لان العقد وارد
على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود اصلى بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر
واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل فلم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق
عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك
كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال او انقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة
من مدها صاحبها مضمون عليه قال زفر وان لم يتعد لا ضمان عليه لانه امر بالعمل مطلقا اذا استاجره
ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب فلا يبالى الاطلاق
وصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن اى الامر ما هو الداخل تحت العقد
لان الامر انما ثبت بالعقد او لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل
فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه فى الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر
واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد ماذونا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا
يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده ومطالبته ان يلتزم جواز
الامتناع من التبرع فيما يحصل به المضمن لغيره من يتبرع له ولو عدل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لا
يقتضى السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره وقوله وانقطاع الحبل جواب عما عسى
ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان
من صنعه الا انه لا يضمن به اى بعقد بنى آدم ممن غرق فى السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده
لان الواجب ضمان الآدمى وضمان الآدمى لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة
لا تتحمل ضمان العقود ومن استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه
قيمته فى المكان الذى حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما
وضع المسئلة فى الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع
بصنعه كما فى تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنعه

ولم يدخل تحت العقد واما الخيار مع ان القياس يقتضي ان لا يخير عند ابي حنيفة رح بل يضمنه قيمته في المكان الذي
انكسر لان المال في ضمن امانة في يد الاجير المشترك فان كان امانة وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله
منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث انه
ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا واما التعدي عند الكسر فيختار اي الجهتين شاء فان اختار الوجه الثاني
فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا واذا
فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع
الصغير بيطار بزغ الخ وانما اعاد رواية لنوع بيان ليس في رواية القدوري فكل منهما يشتمل على نوع
من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد انه ان تجاوز ضمن واما
في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم يكن بامره ضمن
ونحو ذلك ان الهلاك ليس بعناد وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه اي السراية
يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلا يمكن
التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان
الهلاك مقارن بالدق فيمكن ان يخرج العامل عن ضمان الفساد والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته
يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتاب ان الحجام اذا حجم العبد باذن
مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت اجيب
بان ذلك يجب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات
فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات لانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه
اجيب بان محمدا رح قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في
النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما
ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك
فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف
من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يقع اتلافا وان
لا يقع والتفاوت غير منضبط فكان هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل ان لا يقع اتلافا **قال** والاجير
الخاص الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة
شخصا او لرعي غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية
وهو ظاهر قوله ولهذا اي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة لمن استاجره يسمى الاجير مستحقا وان نقض
العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد رح في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه
رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد
العمل لانه لو اجبر عليه بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو
الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله فصار كانه لم يكن بخلاف
ما اذا فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا فنقضه

مطلب من قطع الحشفة وابانها

استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غاب او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله
او تخرق الثوب من دقه الا ان يتعمد الفساد وان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا تلف
في يده فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رح وكذا عندهما لان تضمين
الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد
يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الوحد لا يتقبل
العمل بل يسلم نفسه فيكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع
متى صارت مملوكة للمستاجر بتسليم النفس صح تفويضها فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امر بالتصرف في ملكه
صح ويصير المامور اي الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر
في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين **قال** واذا قال للخياط ان خطته او قال
رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي
العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذا اذا كان الترديد بين الصبغين او الدارين او الدابتين او المسافتين
وكذا اذا كان بين ثلثة اشياء اما اذا كان بين اربعة اشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة فانه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل
وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة
الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابو حنيفة رح الشرط الاول
جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف ومحمد رحهما الله الشرطان
جائزان فبايهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر رح الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين
على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت
لانه حال افادة العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق
الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افادة العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه
فكذا ههنا اذ ليس لانعقاد الشرط اثر في تغيره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان
للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق
لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد
ببدلين على البدل فيفسد كما اذا قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب ان الجهالة
تزول بوقوع العمل فانه به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة فكان
قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينتهي بانقضاء الوقت
وذكر الغد للتعليق اي للاضافة لان الاجارة لا يقبل التعليق لكن يقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون
مرادهما لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قوله
ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل اخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة كذا
فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل لبعض والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التاجيل

مقصوداً فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما فى الخياطة الرومية والفارسية ولابى حنيفة رح ان ذكر
الغد للتعليق حقيقة اى للاضافة ويجوز ان يقال عبّر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف فى الغد
ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو يحط النصف الآخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد
للتعليق اى لتقليل الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير واذا كان للحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز
واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان فى اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التى هى التاقيت لان فيه فساد
العقد لاجتماع الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان
اجير وحد وبينهما تناف لتنافى لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب
وجوبها عند تسليم النفس فى المدة وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة
التى هى التاقيت الى المجاز الذى هو التعجيل وح يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى
وعندهما الثانى يجب اجر المثل ولقائل ان يقول فى جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية
وفى جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان صحة
الاجارة الثانية يلزم فى ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول ابى حنيفة رح بمسئلة
الخاتم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد العقد وهاهنا للتعجيل وصححه واجيب بما ذكرنا ان ذكر
اليوم للتاقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع من ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا
ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل
ثمة على المجاز فكان التاقيت مرادا فيفسد العقد ورد بان دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير
التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز لظاهر الحال فى حيز النزاع فلا بد من دليل
زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز باعتبار الحال ومما
ذكرنا علم ان قياس حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب اجر المثل فيما اختلف
الرواية عن ابى حنيفة رح اذا خاط فى اليوم الثانى ففى رواية عنه ان له فى اليوم الثانى اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم
لانه هو المسمى فى اليوم الثانى قال القدورى رح هو الصحيح وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص عن
نصف درهم لانه هو المسمى فى اليوم الثانى لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة والتسمية
الثانية بمنع النقصان فان خاط فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابى حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا
لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا
يزاد عليه **قال** ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم ولو قال ان سكنت فى هذا
الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين ولو استاجر بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم وان سكنت
حدادا فبدرهمين ولو استاجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة
فبدرهم فذلك كله جائز عند ابى حنيفة رح خلافا لهما وان استاجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية
فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف فانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل
ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابى حنيفة رح خاصة كما فى نظائرها وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين
وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة

مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف الخياطة
الرومية والفارسية لان الاجر انما يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما فى هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية فى
الدار والدكان والتسليم فى العبد فيبقى الجهالة وهذا الحرف اى قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة هو
الاصل عندهما ولابى حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان
كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا يرى انه لو اسكن الحداد لا يدخل فى مطلق العقد
وكذا فى اخواتها قوله والاجارة جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية الى آخره وتقريره ان الاجارة تنعقد
للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة اما قبله الانتفاع مع التمكن فساد لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر
بمجرد التخلية بان يسلم ولم ينتفع به حتى بطل المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن به والله اعلم

باب اجارة العبد

تاخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر
لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بالانحطاط درجة ومن استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط
ذلك لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستاجر ملك
منافعه كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا المستاجر واجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك
رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا وصالح المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى
ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد فى باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء
العقد لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه تمحضت فى الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم المؤجر
ما لم يلتزم من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة واما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى
بالاخراج الى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى عاقل انقطاع لان المعلل احتاج ان يضم الى علته وهو
قوله المستاجر لا يملك رقبته فيقال وهو ان يقول ويلزم مؤنة الرد على ما ذكرنا توجيهه ولهذا جعل السفر عذرا يعنى
اذا استاجر غلاما ليخدمه فى المصر ثم اراد المستاجر السفر فهو عذر فى فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة
بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا يفسخ به الاجارة قوله فلا بد من اشتراط متعلق بقوله
فلا ينتظمها الاطلاق ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا
تعينت الخدمة فى الحضر عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما فى الركوب فانه اذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس
له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك هاهنا ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل واعطى
الاجر فليس للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفى القياس له ذلك لانه تبين ان لا يصح الاجارة لانعدام
اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه
يجب على المولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان ووجه الاستحسان ان التصرف
نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا
جاز التصرف لم يكن له ان يسترده منه **قال** ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه ومن غصب عبدا فآجر
العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابى حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه
اذ الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور ماذون فى النافع ولابى حنيفة رح
ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز فى حق الغاصب اذ العبد

لا يجب نفسه فكيف يحوز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بها
ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب
بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجرة فانها تحصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى
الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف
على اعتبار الفراغ على ما مر من قوله والتابع ماذون فيه كقبول الهبة قيد واذا كان ماذونا وهو العاقد رجع
الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء
اليه وموضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان
عليه بالاتفاق فان آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر
عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لانه المذكور اولا
والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان
مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما قال استاجرت منك هذا العبد
شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد او نظرا الى تنجز الحاجة فان الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة
تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه
ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل بنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس
كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من
المنكر فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت
هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة قوله ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الى قوله ظاهر جدا قوله
فيحتج بحكم الحال فانه استشكل بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد
وهو صحيح فالقول للموجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المص اشار الى
دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم
العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلاماهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام من
لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق المتعاقدين ذكر في هذا الفصل ذكر احكام اختلافهما
وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب او اختلف
المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص والحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد
منه الامر وهو صاحب الثوب عند علمائنا لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن
بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذ واعطاه اجر
مثله لا يجاوز به المسمى كما مر في باب الاجارة الفاسدة في فصل ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا
بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على الماذون به والاجير خالف وههنا قد اختلفا
في ذلك فكيف يكون هذا مثل ذلك واجيب بانهما مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين
صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانا في الحكم انتهاء سواء

وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله لا يجاوز
به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله وجه الظاهر
وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق عليها على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب
الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد رح ان الصباغ بمنزلة الغاصب
والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع
باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة رح لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع
يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له وذلك بان تكرر منه
تلك المعاملة بينهما باخذ الاجر وان قل ولو مرة سبق ما بينهما باجر فيجب جهة التطلب باجر جريا على معتادهما
وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا على معتادهما وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة
فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما
قاله ابو حنيفة رح لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا
للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله
ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر
بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعتبار عندنا خلافا لمالك رح فاذا استاجر دارا فوجد
بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا
لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهبت احدى عيني العبد فلا ينفسخ قوله لان المعقود عليه
دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء
منه بمنزلة الابتداء فكان هذا العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق
بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر كان قبل
قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل
كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال الموجر العيب لا خيار
للمستاجر لزوال السبب قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى
انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا رحمهم الله وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو
سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا فاشارة الى انه عقد لا
ينفسخ بانهدام الدار لانه لو انفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا
بحضرة المالك بالاجماع واستدل المص رح على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة
قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ
وهو المنقول بما روى هشام عن محمد رحمهما الله فيمن استاجر دارا فانهدمت فبناها الموجر ليس للمستاجر ان
يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على
وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن
فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اورده استشهادا به على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء

واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به او الاجرة
المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث
الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو
قلنا بالانتقال لكان ذلك قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث واما اذا عقده لغيره كالوكيل والوصي
والمتولي في الوقف لم ينفسخ لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه
في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات
صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات احد
المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث
لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه ويستاجر الدابة منه حتى قال بعض
مشايخنا ان وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها متاعه ينتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض ينتقض الاجارة
لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت الموجر واذا ثبتت الضرورة كان
عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يرد نقضا على القياس كطهارة الحياض والآبار
ونوقض بما اذا مات الموكل فانه ينفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا ما قلنا ان كل من
العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله وهو
نقيضه وهو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة
او الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله قال ويصح شرط الخيار
في الاجارة اذا استاجر دارا سنة على ان الموجر بالخيار فيها ثلاثة ايام فهو جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي
لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكن تسليمه
على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات
بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك
جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع في الغبن
وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا بخيار الشرط قوله عقد معاملة احتراز
عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيهما لا يصح وقوله
بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فوات البعض في الاجارة لا يمنع الرد وفي
البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها لان التكليف انما يكون بحسب الوسع
وطاقته ولان الكل ممكن في البيع دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة
لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا لزفر هو قال في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم
يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم سلمها فليس للمستاجر ان يمتنع من القبض في بقية
السنة عندنا ولا للموجر ان يمتنع من ذلك وقال زفر للمستاجر ان يفسخ العقد فيها بناء على الاصل
الذي بينا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعضها بعد ما تأكد العقد قبل القبض يخير فيما بقي
لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يكون فيها

تفريق

تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله وهذا يجبر المستاجر بيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الحكم فيه
قال وتنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا تنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا تنفسخ
الا بالعيب بناء على ما مر ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع
لا ينفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة
كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو
اي المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر
عندنا وان الحقيقة يجوز بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع او استاجر انسانا
ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس او استاجر رجلا ليقطع يده لاكلة وقعت بها ثم برأت فانه لا يجبر
المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق
بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال ثم قوله اي قول القدوري في
المختصر فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكره في الزيادات في عذر الدين وقال في
الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القاضي
ذكر وجهه في الكتاب وذكر وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي وفيه ما ترى ومنهم من وفق
شمس الائمة السرخسي بين ما ذكر في الزيادات وصحح قاضيخان والمحبوبي رحمهما الله قول من وفق فقال
اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين
يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي ليظهر العذر قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له
من السفر فهو عذر فيه لانه لو مضى على ذلك يلزمه ضرر زائد قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر في
وهو لفظ اصل الجامع الصغير لكن صاحب الهداية بعد ما اختلفت الفاظ الروايات وقال شمس الائمة
الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع قاله الصدر
الشهيد وقوله انا الذي يخيط باجر فاي واد الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس وقيل
وقد يتحقق الافلاس بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يجحد ديون كثيرة
وتصير بحيث ان الناس يمتنعون على امتعتهم قوله ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر
قيل فان قال الموجر لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة وانكر المستاجر على دعوى السفر فالقاضي يسأل
عن رفقائه فان قالوا فلان تهيأ والقاضي يسألهم ان فلانا هل يخرج معكم او لا فان قالوا نعم ثبت
العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا
انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر قال
الكرخي وهو العذر قوله مسائل منثورة معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع
اي جزه والحصاد الجمع حصيد وحصائد وهما الزرع المحصود والمراد بها ها هنا ما يبقى من اصول
القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة قال في النهاية بالنون من
هدأ اي سكن وفي نسخة هادية من هدى بالهمزة اي سكن وهذا التفصيل الذي ذكر من الهادية والمضطربة
اختيار شمس الائمة السرخسي قوله واذا اقعد الخياط يعني اذا كان الخياط او الصباغ دكان معروف

وهو دخيل مشهور عند الناس وكرجل له ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان
العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز
لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا يصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكرها صاحب الدكان
فيكون العامل اجيرا بالنصف وهو مجهول او ان تقبل العامل العمل كان مستاجرا الموضع جلوسه من دكانه
بنصف ما يعمل وهو مجهول ايضا وذلك يوجب الفساد قال القياس وقال القاضي عندي اولى من الاستحسان
وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنايع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان
يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى التقبل من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو شيء روجب
القول بجوازه للتعامل بها قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل
هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة
في الحاصل تقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء اي ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل
والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء
فكانهما اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا
هو المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المصنف فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة
ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل انسب لشركة التقبل والله اعلم واذا كانت شركة لا
اجارة لم تعتبر الجهالة فيما يحصل كما في الشركة وقوله ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين والوطاء الى
والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء او غيره وقوله وقد ان زاد معناه جواب عما يقال مطلق العقد
ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم ياكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه وصار العرف
مشتركا فان معتاده عند البعض كذلك والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق
وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم تقيدا بعدم رد ما اكلا فقضي عملا بالاطلاق
وعدم المانع والله اعلم بالصواب

كتاب المكاتب

قال في النهاية
اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال
على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة
والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة وذكر في بعض الشروح ان ذكر
كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق
لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة
من الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة للشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة
لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكانت
انسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او بما يؤدي معناه من كل وجه فقوله
بلفظ يخرج تعليق العتق على اداء المال فان المراد به ما يحتاج الى الايجاب والقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان
التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان كان يحتاج الى الايجاب والقبول
لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة او بما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان الكتابة بالجر يعود دينا

العتاق

دون العتق

دون العتق على الدوام ما هو غير مر من تعليق البقاء المعتدة وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما
قدره وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه وثبوت
الحرية اذا ادى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا قبضه
والالفاظ الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على الف درهم او دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك
الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال
واذا كاتب المولى عبده او امته اذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك
وقبل العبد ذلك صار مكاتبا انما جاز هذا العقد من المولى لقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته
على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره ولما كان مقصود المصنف
بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو ان الكتابة عقد واجب او جائز او مندوب او مباح تعرض لذلك بقوله
وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة
وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال انما هو امر ندب هو الصحيح
احترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم
خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال ففي الحمل
على الاباحة الغاء الشرط بيانا لكونه للندب وتقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه
بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعماله لان الندبية معلقة به وذلك لان المراد
بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه
وان فعل صح فيجب حمله على الندب واما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق
الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة
دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيما روينا دفع متن الكتاب باختلاف الصحابة
رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنه يعتق كما اخذ الصحيفة عند ذلك
يكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا
ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي رح لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا
على انك ان اديته الي فانت حر لان الكتابة منتهم بحكم الحيحم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك الفا على ان تؤديها
الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا هو حرية
اليد الحاصلة في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك
به وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي رح يستحق عليه حط ربع
البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب
ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوات
فكان الله امرنا ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء
والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط
ربع بدل الكتابة على بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لان لا يقال القران في النظم

من لانه يعتق بنفس العقد
لان الصحيفة عندهم

لا يوجب القرآن في الحكم لانا لم نجعل القرآن موجبا بل يقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وفي قوله تعالى فكاتبوهم
قرينة لذلك قال ويجوز ان يشترط المال حالا بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا ومؤجلا ومنجما
عندنا وقال الشافعي رح لا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان لخروجه من يد مولاه مفلسا ولم
يكن قبل العقد اهلا لملك المال والعاجز عن التسليم لا بد له من اجل يقدر به على البدل فان قيل السلم الحال عاجز
عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضي باخس البدلين فلا بد من اجل اجاب بجواز السلم على اصلنا لانه اهل
للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا انا
نقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثابت لان المسلمين مأمورون باعانته والطرق متسعة استدانة و
استقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والصدقات وقد دل الاقدام
على العقد عليها فيثبت ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود
عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود المعقود
به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فاشبه الثمن في البيع
والقدرة عليه ليست بشرط وكذا على البدل في السلم فانه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة
عليه كما عرف من اصلنا وكذا ذكره في التقرير مستوفى ولان معنى الكتابة على المساهلة لا يتقدم كرم او الصيد
والملك لمولاه فالظاهر من حاله ان يمهله ويطالبه بالاداء وامتنع منه يرده رقيقا بالتقاضي فاشبه
القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس الامهال فيه ظاهرا فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي
يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع
في حقه ولا يجوز بالنسبة الى النافع وخالفنا الشافعي رح فيه وهو اي هذا الخلاف منه بناء على مسئلة اذن الصبي
في التجارة فانه لا يجوزه لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف اذا عقل العقد
ونقصانه ينجبر برأي الولي والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول
لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قوله وفي قول العبد
جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر لبيان ما يفيد فائدة الكتابة
بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على ان تؤديها الي يحتمل معنى الكتابة
ومعنى الضريبة فالمولى يستادي عين الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر
واما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لحث العبد على اداء المال عند التنجيم والمكاتبة
بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية في رواية ابي سليمان
هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة
لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص هو قيل اي في رواية لا يكون
مكاتبة قال فخر الاسلام هو وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حر
فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون
وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون كتابة قال
واذا صحت المكاتبة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد

بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة
وهو الضم فيضم مالكية اليد الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي يحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى
الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس
قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم او
لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر طويلا كان او غيره نهاه
المولى عنه او لا لان مقصود المولى وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر قد لا يتحقق
الا بالسفر واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا من قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه
عقد معاوضة كما مر ومبناه على المساواة وينعدم ذلك اي المساواة باعتبار التنافي ان تنجز العتق
ويتحقق ان تأخر لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل
البدل واما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على العبد دينا
ولهذا لا يصح به الكفالة فلو ثبت العتق به ناجزا كما قال ابن عباس رضي الله عنهما فاتت المساواة لا يقال
المساواة فائتة على ذلك التقدير ايضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه
فاين المساواة لان نوع مالكيته ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان حرر المولى عتقه عتق بعتقه
لا بالكتابة المتقدمة لانه مالك لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما يقابله مجانا
واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول
الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليها اي على الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع
ملحقة بالاجزاء والاعيان قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم والزم العقر
عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطي كاخذ المنفعة لتقدر بقدر الاستعمال وليس
كذلك فانه يلزم بايلاج واحد وان جنى عليها او على ولدها لزمه الجناية وقولنا لما بينا اشارة الى قوله
لانها صارت اخص باجزائها فصل في الكتابة الفاسدة وجه تأخير الفاسدة
عن الصحيح لا يخفى على احد قال واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا انواعا يفسد عقد الكتابة
عليها ذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد
بنفسه او على ثوب او دابة او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم
في حقه فلا يكون مستحقة فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة
لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم والميتة فلم يذكرا في الخمر والخنزير
بل اولى على ما نذكره واذا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال له ان اديت الي فانت حر
او لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان
البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر
قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة
ويعتق باداء القيمة ايضا قيل اي باداء قيمة نفسه لانه البدل معنى قال في النهاية وهذا الحكم الذي
ذكر هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة رحمهم الله على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى كلا من حجة

هذا

ان لا يخص ابا يوسف وانه لا يذكر بحكم عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان
بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه ح يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق
وصار كما اذا كانت الكتابة على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينها الا اذا قال ان اديت الي فانت حر وجه
ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه
العتق عند اداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه
فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه
رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ويجب
القيمة بالغا ما بلغت لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة
ما بلغت وهذا اي وجوب القيمة بالغا ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في
القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لانه بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوته
شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان اوفى
بما يمتنع المولى عن العقد فيفوته ادراك شرف الحرية ولعل المقصود على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار
القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضاء
بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما اذا كاتبه
على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق التسليم
ولم يذكر ان القيمة بماذا يعرف قيل يعرف باحد امرين اما ان يتصادقا على ان ما ادى قيمته فيثبت كون
المؤدى قيمة بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما
بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى
القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان
ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله وان الجهالة في الفساد لا في البطلان كما في البيع فانها
تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب
كما عتق باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب بحيث لا يعتق باداء ثوب وتقرير الجواب
عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان
يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف
القيمة فانها وان كانت مجهولة تمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فاذا اعطى القيمة فيما
اذا كاتب على ثوب يعتق اولا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلثة رحمهم الله ان
المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا ينعقد عقد الكتابة اصلا لا
على المسمى ولا على القيمة قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتب عبده على
شيء هو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد او لا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه
او لا فان لم يجزه فاما ان يملكه المكاتب بسبب واداه الى المولى او لا فذكر انه ان اداه فانه لم يتعين بالتعيين

كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتتعلق بدراهم في الذمة
وان تعين به ولم يجز ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجوز حتى اذا ملكه
وسلمه عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امراة على عبد
غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به
والجامع كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود
عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم
الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا يكون القدرة عليه
شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة
بمنزلة المقايضة فيصير العبد بحكم البيع فيشترط القدرة عليه قوله بخلاف الصداق في النكاح جواب
عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في
النهاية مانع الجمع ليست بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب
على طريق تخصيص العلل وتخلصه معلوم وان اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح انه يجوز لان البيع يجوز
عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة
وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال لا حق هنا المال من العبد فيصير العين
من كسبه وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير
اشارة الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما اجازه المالك وبين ما لم يجزه ان عقد
الكتابة فيما نحن فيه لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك المكاسب وفي بعض النسخ
لانها اي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما
اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه اي في المسئلة في ذلك على ما بينا ان مراده شيء يتعين
بالتعيين وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز
وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب العين
بسبب واداه فعن ابي حنيفة رح وابو يوسف رح وروى عن ابي يوسف رح ايضا انه لا يعتق وعلى هذه
الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فح يعتق بحكم الشرط وعن
ابي يوسف رح انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط
وان كاتبه على عين معين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في كتاب رواية الشرب يجوز وفي رواية
آخر كتاب المكاتب لا يجوز وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء
بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهى ولم يذكره ههنا للطول وذكر بعض الشارحين
وجه الانعقاد فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان
كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى
النقود لانه لو كاتبه على دراهم او دنانير في يد العبد بان كان ماذونا في التجارة فاكتسب جازت الكتابة
باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال واذا كاتب

على مائة دينار واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون
مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا
صلح مستثنى من البدل هو الاصل في ابدال العقود وقالا بموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء
واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من
حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه
تركي او هندي ولا الوصف انه جيد او ردي جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدره ابو حنيفة
في العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب
لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر انه يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط
لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوصية
والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لان قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل
من حيث ان البدل يعرف بها وقد مر في النكاح فصار كانه اي بعينها المسمى وانما صح العقد مع الجهالة لانها
يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو
كاتبه الى الحصاد او الدياس او العطاء صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنه اجاز الكتابة على الوصفاء
وهي جمع وصيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع في
تعيين البدل شرطا فيهما كما هو شرط فيه والبيع مع البدل المجهول او الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا
ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتداؤها او من حيث الانتهاء
والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال وهو الرقبة ولكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في
الابتداء في ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه
مبني على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل ان يقول دابة او ثوب لم يجز الكتابة لانها يشمل
اجناسا وكذلك الثوب فتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز
ما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجز
التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب
منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منع
فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال واذا كاتب
النصراني عبده واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا
وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الفرض
ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك
يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم
من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استردادها من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم
فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث ينفسخ البيع

على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا يصلح عوضا في البيع بحال
فتفسد ويصلح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف اي عبد للخدمة واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان
يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ
قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع واذا قبض المولى
قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك
بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر
عتق لما بيناه في اول هذا الفصل انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة
يتضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشي انه ان ادى الخمر
لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احديهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على
خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدلا هنا العقد
لان العقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه
فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون
الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقيت بدلا عتق باداءها والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح قال
ويجوز للمكاتب البيع والشراء قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج
المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة
فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ثمه وجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد
الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ما هو
المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد
باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني
ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كا
تبتك ان تخدمني سنة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد
به الكتابة وهذا اي هذا التفصيل لان الكتابة يشبه البيع من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل وعدم
الفسخ قبل الاداء ويشبه النكاح من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان
الشرط وبصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح وببطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا
بشبه البيع او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك
لانه لم يحصل للمكاتب شيء وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لانه في
الكتابة وهي اعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة
قال والتزوج ليس وسيلة اليه الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود ومقصود
المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب لا الايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج

ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان
فيه قايم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظاهر والمجاهر هذا العادة هو الغني من
التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع وفيما فيه يخرق الى المجاهر كذا في
المغرب ولا يتكفل لما ذكر ولا يقرض لما ذكر يعني في الحال سواء كان بامر المكفول عنه او بغير امره لان الثاني
تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى عنه صار مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض
تبرع واما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيح في حقه فكان كفالة كفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل
الكتابة انما تؤخذ منه وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضمن اجيب بانه يضمن فربما يعجز عن تسليم النفس
فيحبس على ذلك وهو مخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله وان زوج امته جاز ظاهر وقوله
ثم يوجب المولى كسب مثل ما هو ثابت يثبت به ملك اليد وهو يملكه ومن يملك شيئا جاز ان يملك غيره كالمعير بعينه
بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما وجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس
القبول من غير توقف على اداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز وقوله فان
ادى الثاني يعني ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه وولاؤه
للمولى لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة للمولى الاول بمنزلة علة
العلة وهذا المجاز لا له لان الثاني ملكا للمولى كالاول ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فيقال المولى زيد معتق
زيد مجازا وان كان معتق معتقه وهذا يدخله الاستحسان على ما اليه فاذا انعقد واضافة الى مباشر العقد
لعدم الاهلية لكونه رقيقا اضيف اليه الى المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك
للمولى لتعذر اثباته لعدم اهلية المكاتب للاعتاق والولاء لا ينتقل من المعتق مباشرة وقيد بقوله مباشرة
لئلا يرد جر الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاول
ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق
زال ذلك فيجر الولاء الى قوم الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من
اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال قد تقدم ان المكاتب انما
يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه
وقوله واما الثاني فنقيض له لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه
ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال وقوله وكذلك الاب والوصي
ظاهر وقوله ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا اما في تزويج الامة فلما مر آنفا واما في الكتابة فلانه
بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد اداء بعض نجومه وذلك لاشك في كونه نظرا وقوله فاما المأذون له فقط
وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب عبد
الشركة بلا خلاف فهو استدل بنقل من الكرخي لو ومنهم ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على
الاتفاق وفيه ما فيه وقوله هو يعني ابا يوسف لو قاسه على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج الامة
فكذلك المأذون له واعتبره بالاجارة اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز ان يوجر عبده
وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العينين

اى المأذون والاعتبار بين الفعلين اى التزويج والاجارة لان المأخذ بين العينين ظاهر اذ في كل منهما فك
الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيهما اولى بخلاف الفعلين لان المأخذ بينهما ليست الا من حيث الفعلية
لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا
يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته وقوله وهو الفرق بين المأذون له والمكاتب ان المأذون
له يملك التجارة وهذا اى تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك
الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا
وقوله ولانه اى التزويج دليل آخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال اولى
من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وهذا اى ولان التزويج
ليس من الاكتساب لا يملك هؤلاء اى المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم
تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال

فصل

لما فرغ من ذكر مسائل من هو
داخل في تحت الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية ولا تبعها
والتبع يتلو الاصل قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته تقديم الابن الذكر
ههنا على ابنه للتعظيم ولا ينافي ترتيب القوة في الدخول في كتابة فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا
في الكتابة او مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق
التبعية فانه يخرج بعد حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يخرج بعده حال الحيوة
ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا تمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود
في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يخرج بعده حال الحيوة اية المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا
ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته
بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة
فان قيل ما الفرق بين المشترى في الكتابة من الولد وبين ما اذا كاتب عبد على نفسه وولده الصغير فانه
اذا اعتق المشترى لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب بان المشترى
تبع من كل وجه فلا معتبر به في امر البدل لتقرره مثل دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالايجاب
من وجه وكان البدل له مقابلة ومقابلة ماله فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه
وبينه ولاد دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان
واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة لو وما لا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد
ولان وجوب الصلة يقتضيها وهذا لا يفترقان في الحرة حق الحرية ولابي حنيفة لو ان للمكاتب كسبا لا
ملكا لانه ملك تعين كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة
في الولاد لا في غيره الا يرى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر
ولان هذه اى قرابة الاخوة متوسطة بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد
والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين والحقناها بالثانية اى القريبة في العتق حتى
اذا ملكه الحر اخاه عتق عليه كما اذا ملكه والده او ولده وبالاول اى البعيدة في الكتابة حتى اذا ملكه المكاتب

اما ما لم يدخل في كتابته كما اذا ملكه ابن عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقناها بالادنى في الكتابة وجب علينا ان نجعلها
به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك
وفي ذلك ابطال لاحد الشبهتين واعمالهما ولو بوجه اولى من اعمال احدهما قال واذا اشترى ام
ولده اي اشترى المكاتب امرأته التي ولدت منه قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد
فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة
للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولد خلافا
لابي حنيفة رح لان القياس ان يجوز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على ان ادى جميع البدل
ادى عتق وما اتصل منه فهو له وان عجز عاد هو وما له للمولى وكل ما هو موقوف يقبل الفسخ وكسب المكاتب يقبل
الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد ولان ما لا يفيد اقوى من الذي يفيد
والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد
تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل ان
يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه
مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله عليه السلام
اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وفي له والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه فيترك
به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد واذا ولد للمكاتب ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في الشراء
يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان يكاتب ان لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا
يملك التسري فكيف يولد له من امة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل
له وطي امته لكن ان وطي وادعى النسب يثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطيها
لكن ان وطيها فولدت ولدا وادعاه يثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا
فادعاه المكاتب فان الولد ولده والجارية ام ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة
الولد شيئا لان المكاتب بما له من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر فيتم الملك له في نصفها ههنا ويثبت
نسب الولد منه من وقت العلوق وثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد
قوله وكان حكمه كحكمه اي حكم الولد كحكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد للوالد لان كسب الولد كسبه
اذ الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت
المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الاوصاف
القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري الى
الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع
البيع في الآبقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامة اذا جنت فبيعها ممتنع
بيعها الا بعد ترضي بشي لكنه ليس بمؤكد فقوله الاوصاف القارة احترازا عن مثل هذين الوصفين وقولهم
الشرعية احترازا عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها كان
بحر بيع امه قال ومن زوج امته من عبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية

في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية الام
ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها
وكسبه لها اي في الدخول يتبعها وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان غاية الدخول هو الكسب
وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة
زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح اولادها احرار بالقيمة لانه ولد المغرور ولوجود سببه
وهو الغرور ولانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في كل الوجوه والاذن
من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده يتأخر اداؤه
الى ما بعد العتق واليه اشار المصنف بقوله لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الى آخره ثم اذا غرم القيمة
يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا
لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع
الصحابة رضي الله عنهم وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هناك
مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو
الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة فوطئها
بغير اذن المولى او باذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها فعليه
العقر يؤخذ به في الكتابة من غير تأخير الى الاعتاق وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق
فيما اذا كان بغير اذنه وحكم المأذون كذلك قنا او مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة اوجبت
الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح
وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

فصل

مسائل هذا الفصل نوع
آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه
فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته
اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق
وانما يتخير لانها تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فيتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى
كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غير قصدا فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى قوله وما له من
الملك دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى ان يتوهم ان ملك المولى في المكاتبة ناقص
فلا يصح دعوته لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في مكاتبه بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب
والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلان يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة
ومضت عليها اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمناه يعني
قبيل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ثم ان مات
المولى يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما نذكره فان قيل ينبغي
ان لا يسقط لان الاكتساب تسلم لها وهذا ابقاء الكتابة اجيب بان الكتابة تنفسخ لحاجتها وهنا

وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال لامته ان دخلت الدار
فانت طالق ثم طلقها ثنتين يبطل فلما عتقت بالاستيلاد وبطلت جهة الكتابة عملنا بالشبهين وقلنا
بسلامة الاكتساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط وان ماتت هي
وتركت مالا يؤدى عنه كتابتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على
الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر مضت ماضية على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لانه نسب ولد ام الولد
انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن محرم الوطء وهنا محرم الوطء فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر **قال**
واذا كاتب المولى ام ولده جاز واذا كاتب المولى ام ولد لانه جاز لان الكتابة يتوصل بها الى ملك اليد في الحال
والحرية عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى استفادة هذا العتق قبل موت المولى كحاجة غيرها
فكانت جائزة لا يقال احدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا
متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق ملكناها على سبيل البدل وهو ممنوع بان مالية ام الولد
غير متقومة عند ابي حنيفة رح فكيف يقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة
والكتابة لدفع الاول في الحال ولدفع الثاني في الثاني عن الملك يجوز ان يقابل ببدل متقوم وان
لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفى بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخرين بالمال فان مات المولى
عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل
العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع
ابقائها بلا فائدة بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكتساب بعتق الاولاد وتخلص لها الاكتساب
ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب
ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل
والثاني ان يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو
واولاده ويخلص له ما بقي من اكسابه وحيث احتجنا ههنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر
له في الثاني دون الاول صرنا اليه لا يقال في كلام المص رح تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير
فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة
هي للمكاتب وجهة هي عليه وتلك للثانية بالاولى وللاولى بالثانية فتامله ولعله سديد ولو ادت الكتابة
بالتصيب اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو بتقدير مضاف قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرة وضع المسئلة مناسبا لما تقدم من ام الولد وهو مثلها في الثبوت
في المدبر وانما جازت كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا
حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين
السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لانه صح وفي جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة رح وقد وضع كلامه فنعرض لبعض
زيادة ايضاح وقوله وتخيرت لان في التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز ان يكون اداء اكثر المالين
ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا قوله ويجب عليه احد البدلين فيختار
الاقل فما عرف من عادته ان الاعتاق لما لم يتجز عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها وانفسخت الكتابة

فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لاغير واجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فينبغي لذلك ان ما يكون
بدلها اقل فيحصل النظر بوجوه قوله لانه قابل البدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على
كذا والمحل قابل لها كما لو قبضت كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل ولو
لكان ما فرضنا مقابلا غير سالم هذا خلف باطل وقوله فصار كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة صورته ان
يكاتب عبده اولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي
تلي هذه المسئلة وقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهر اي يكفينا ما بيننا لا يخفى على احد لان ازالة
الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان اعتقها خرج مما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال يخرج
من ثلثه فقد استحقت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا
والظاهر البين ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته قطعا فتعين ان يكون جميع البدل بمقابلة
ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ولقائل ان يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا ادت كل البدل قبل موت
المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف رح لانه لا يقول بتجزي الاعتاق واما
على قول ابي حنيفة رح فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر ان يبقى بعضه
غير حر مع لزوم كل البدل فاعتبر بالمقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له وقوله اذ لا استحقاق عنده
اي عند عقد الكتابة فيكون البدل بمقابلة الكل فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته
من بدل الكتابة وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا انه يملكها من وجه حرية ولها الخيار ان شاءت مضت
على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة من جانب المملوك لانه
النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجزت نفسها كان كل ذلك على المولى فله ان يدفع عن نفسه
ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها
عند ابي حنيفة رح وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزي الاعتاق وعدمه
واما المقدار فمتفق عليه ومحمد رح مار على اصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا
ان البدل ههنا مقابل بالكل الى آخره **قال** واذا اعتق المولى مكاتبه واذا اعتق المولى مكاتبه عتق
باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على ان ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من
جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ
اجاب بقوله والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه ينفسخ برضا العبد واللزوم كان لتعلق
حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه كما لو باعه المولى او آجره برضاه والظاهر رضاه لتوسله الى
عتقه بغير بدل فانه اذا رضي به ببدل فلان يرضى به بلا بدل يكون اولى وقوله مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة
في حقه اشارة الى جواب ما عسى ان يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فلعله
يكون الاكساب كثيرة بفضل بعد اداء البدل منها لعله ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة
في حقه ليبقى الاكساب على ملكه نظرا له وقوله فصار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه وان كاتبه على
الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح
اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد

الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا لا يقال هلا جعلت اسقاطا
لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحربي وقد مر
في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كاتب على الف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة وجه الاستحسان ان الاجل
في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا
يصح الكفالة به فاعتدلا وكان اعتياضا عما هو المال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثم ربوا
وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطى له حكم المال
ليس بمستقيم لفظا ومعنى اما لفظا فلان اعطى يتعدى الى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمل باللام واما
معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان اراد به فاعطى له حكم المال الحكم من كل وجه
فات الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه فهو تحصيل الحاصل والجواب انا ذكرنا
ان المال ما يتمول به ويحرز صحيحا اذا كان مالا من كل وجه وليس ما نحن فيه كذلك وانما المراد به هٰهنا انه وسيلة
الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه لتوقفها على عين الدراهم ومعنى
اعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشي يجوز ان يكون جهة في شي ولا يكون معتبرا فيه بان
اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب قوله ولان عقد الكتابة وجه آخر للاستحسان وتقريره
ان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم انه اشبه بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا
والاجل ربوا من وجه ففيه شبهة الربوا وشبهة الربوا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا
معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه وكان ربوا الاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال
واذا كاتب المريض عبده واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال
له غيره ولم يجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا للضرر وتاخير حقهم الى محل الاجل
من انفسهم فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا وهو الف وثلثمائة وثلثة وثلثون درهما وثلث درهم والباقي
وهو ستمائة وستة وستون درهما وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان كاتبه على قيمته ومن له ترك شي له ترك
وصفه والتاجيل وصف فيجوز تركه وصار كما اذا خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان
يترك الزيادة على قيمته ومن له ترك شي له ترك وصفه والتاجيل وصف فيجوز تركه وصار ذلك كما اذا خالع المريض
يطلقها بغير بدل ولو قال لانه له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخرها كان احسن فتامل ولهما
ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على
المماطلة والاخذ بالشفعة فانها يتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة
لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان ما لا متعلقا به كان حكم بدله كحكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما
تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لان التاجيل اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق
الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره
بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة التاجيل فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي
جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعند محمد يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بيّنا من

المعنى يعني الدليل من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد
رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم وفي التاخير وهو تاجيل الالف الاخرى فاعتبر
الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكن لما اسقط ذلك الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم
يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التاخير [illegible]
لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما
تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرفات الحر ان يكون لنفسه قال واذا كاتب
الحر عن عبد بالف درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان
بلغ العبد فقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب
عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا
قبل العبد صار مكاتبا لان هذا العقد نافذ في حق المولى والعبد من جهة البيع ونفوذ عتقه باداء هذا
القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة
من له الاجازة فاذا قبل كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
ولو وكله العبد بذلك نفذ عتقه عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك
على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا
يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لا يعمل وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغائب
في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد
قيل ما الفرق بين هذا وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف
فيما له والجواب ان ما له هٰهنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه التزام وهو يتوقف عليه ولو ادى
الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يامره بالاداء ولا هو مضطر في اداءه وقيل له ان يسترد ما ادى
الى المولى فيه تطويل يطالع في النهاية فيطالع عليه قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه
كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح عن نفسه لولايته
عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره او تزوج امته وامة غيره وجه
الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه اصلا في الغائب تبعا والكتابة على
هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من
البدل شي فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد به لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو
اعتق الاولاد لم يسقط عن البدل شي ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود
بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة
ولا يعتق العبد الغائب واذا اعتق الغائب سقطت حصته من الكتابة ويجب على الحاضر حصته لا غير لا
يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبول نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب انا ما
ذكرنا يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض
من غير نظر الى ان يكون فيه جهة اصالة او لا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولاشتماله على المسامحة واذا امكن

تصحيح على هذا الوجه فيرجع به الحاضر فلذا اي فلاجل ان يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا
يكون على الغايب من البدل شي لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر الى جهة التبعية لا يعتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد
عليه قوله وايهما ادى عتقا اذ لا فرق في اداء البدل فان ادى الحاضر او الغايب عتقا كذا اعاده مهيد النوع
ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه
من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة لانه ينال الشرف بالحرية وهذا كمعير الرهن اذا ادى الدين الرهن فكاكا
عنه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه فايهما ادى لا يرجع على صاحبه
لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغايب متبرع به غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل
الغايب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما ادى فكيف لا يكون مضطرا اليه
فالجواب انه كمعير الرهن في جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار لان الاضطرار انما هو اذا فات شي
حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان يحصل له الحرية وهذا كالانتقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان
قيل حق الحرية حاصل له بالكتابة وفي اداء [illegible] فيكون مضطرا اجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن
ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان يأخذ الغايب بشي لما بينا انه فيه تبع فان قبل العبد الغايب اولم
يقبل فليس ذلك منه بشي والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغايب لا يرتد به وقبوله في ذلك لان الكتابة
نافذة على الحاضر من غير قبول الغايب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى ان يأخذه بشي من بدل الكتابة كمن كفل
عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه ولا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كما هنا واذا قبلت الامة الكتابة عن
نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة سواء
فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ
الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت
نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذكر ان الام اذا ادت فقد ادت دينا
على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا ادى احدهما
ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداؤه كاداء
الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وهذا فايدة وضع المسئلة في صبيين
لان تعيين [illegible] ليعلم بهذا المعنى قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في
حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى وانما قال استحسانا اشارة الى ما ذهب
اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي والاول انه
الحق والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة
الواحد لان الواحد قبل الاثنين **قال** واذا كان العبد بين شريكين اذن احد الشريكين لصاحبه
ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتبه وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض
عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده
خلافا لهما كالاعتاق فلما كانت الكتابة متجزية فيقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة
فانما يكون فايدة انفكاكها كان له حق الفسخ الكتابة بغير اذنه واعترض بان الكتابة [illegible] فيها

بمعنى المعاوضة او بمعنى الاعتاق او بمعنى تعليق العتق باداء المال ولو وجد شي من ذلك من احد الشريكين بغير
اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فيه فمن الكتابة كذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني
المذكورة وانما هي مشتملة عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى توجبه وهو الحاق الضرر
به وهو ولاية الفسخ بمعنى بطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما
يشرع اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهو الكتابة يقبل الفسخ ولهذا تنفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى
المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع
نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ
اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين قوله واذنه له بقبض البدل بيان لاختصاصه بالمكاتب
بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الآذن متبرعا بنصيبه
من الكسب عليه اي على المكاتب ولهذا كان كل المقبوض له ويجوز ان يكون ضمير عليه للعبد فيكون الآذن متبرعا
بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل
مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق فان له الرجوع لعدم
حصول المقصود من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب وهو من حيث
ان مقصود الآذن قضاء دينه من ماله [illegible] ايضا اعتاقه من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا
بخلاف البايع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهذا
الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي وهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو اي البدل بينهما
والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الكسب [illegible]
حيث امر **قال** واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت
دعوته وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته
لقيام الملك فيه وصار نصيبه ام ولد له لما ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة لانه لا يوجب
تمليكا بالاستيلاد لانه يملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على
نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع
الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة
بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا ينفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته
لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر ان يبقى على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى
الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال
المانع من الانتقال وهو وطء سابق وتبين انه ضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها
لوطئه جارية مشتركة وتبين ان شريكه الآخر وطئ ام ولد للغير فيكون العقر بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف
العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة
لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قايما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة
على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فان قيل على هذا ينبغي

ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة رح لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده
فكذا لابنها اجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عن ابي حنيفة
في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احديهما فكان نظرا الى القيمة وانهما دفع العقر الى المكاتبة
يعني قبل العجز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت
ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
هي ام ولد للاول وهي مكاتبة له يعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول صارت
كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه لا يتبعض بالتبعيض
والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا تكميل الغير بالاجماع وقد امكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ
فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيها نفع
حيث لم يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء ما لا يتضرر به وهو كونها احق
باكسابها واكساب ولدها قوله بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي حنيفة رح المتنازع فيه على المدبرة
المشتركة ووجهه انا قد قلنا ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ
فاذا استولدها الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده قوله وبخلاف بيع
المكاتب قيل هو جواب عما يقال هلا تنفسخ الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما تنفسخ في ضمن
صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلناها
تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز ان يكون بيانا ان المولد يبقى الكتابة فيما وراءه
فان البيع وراء ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت قوله واذا صارت كلها ام ولد له
[illegible] الثاني في وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة فيلزمه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي
شبهة انه مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة رح وانها بقي مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرنا
ولا حد على وطي مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن احدى الغرامتين قوله وايها ادى اي الكتابة
تتصل بقوله ويبقى الكتابة فيما وراءه وتقريره ويبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة
له اي للاول قيل هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر
به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي يوسف منصور وقيل يجب
كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا
يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله وهو قياس يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة ينفسخ فيما لا يتضرر به
المكاتب وهي لا يتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان ينفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل
نظر للمولى وان كانت لا يتضرر المكاتب بسقوط فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والكتابة
هي التي تقتضي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه
على ما بينا في تعليل ابي حنيفة رح قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح اذا كاتب الرجلان
عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف
موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد رح يضمن الاقل من نصف

قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على
اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام رح وهذا لانه لو بقي من البدل درهم يكون
حصته نصف درهم وقد تملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها
الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في
المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف رح
يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف
ما بقي من البدل لما ذكرنا فقد ذكرناه فاذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفة
الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه من وقت الوطي
فتبين ان التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني
ان وجد الوطي منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ويضمن لشريكه نصف
عقرها لوطيه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول
لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وقد
كانت بقيت لانه لما استولدها الاول تملك نصف نصيب شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ووجهه
ما بيناه اي في تعليل القولين اما طرف ابي حنيفة رح فقد ذكرناه آنفا من قوله وتبين ان الجارية الى آخره و
طرفهما في قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له الخ وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر
ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لانها
لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيما اذا اعتق احد الشريكين القن على
هذا الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة رح اذا ضمن ان كان المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا
يرجع وفي الخيارات عند ابي حنيفة رح الساكت يخير بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى
العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
وبينهما يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند ابي حنيفة رح ان اعتق الساكت او استسعى فالولاء
بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا واما ترديد الاستسعاء
فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان
معسرا يسعى العبد لنصيب الساكت وابو حنيفة رح يراه كما هو مسئلة تجزي الاعتاق كما تقرر في العتاق
هذا اذا عجزت فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو واضح ومبناه
ايضا على تجزي الاعتاق وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر افساد نصيب الساكت ما لم يعجز
فان اثره في ان يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك
في القن فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق الكل فكان ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا
ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق قال واذا كان العبد بين رجلين دبره
احدهما واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فالمدبر يخير بين تضمين
المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان ...

احدهما ثم دبره الآخر رضي المعتق ولكن يستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح وهو ان التدبير يتجزى عنده فتدبير
احدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسده باب النقل عليه فله ان يعتق نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء
ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه الآخر لسده باب الاستخدام عليه فله تضمين
نصيبه والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به التضمين ايضا كما هو مذهبه
فان تضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين
وقيل قيمته ثلثا قيمته القن لان المنافع انواع ثلثة البيع وما اشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة
والصدقة والوصية والارث والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطي
والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول
فسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق
فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك وان اعتقه اولا يعني المسئلة الثانية كان للآخر الخيار
الثلث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان العتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب شريكه كما مر
فاذا دبره فقد ترك خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير صار مبرئا للمعتق عن الضمان ويعني ... نصيبه كما
مر عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير
بخلاف الاول فيهما لان نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه والجامع
ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا اعتق اولا او غصب القن
فمات او ابق واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بجهة الحيلولة
بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرط
ضمانه بفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق
ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك
نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار
والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لان التدبير صادفه وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل
لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر باب موت المكاتب
وعجزه وموت المولى مناسبة تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء
متأخرة عن عقد الكتابة قال واذا عجز المكاتب عن نجم الخ النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب
ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال
غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء
الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة امهله
يوما ويومين وثلثة لابلاء عذره وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى
مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار
ثلثة ايام والمديون بالجر عطف على كامهال يعني فاذا اشتمل على رجل مال فقال المدعى عليه امهلني يوما او ثلثة
ايام فانه يمهل ولا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما

وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا
الشرط فلا يوجد بدونه ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بحجة عندنا لانه لا يفيد الوجود
عند الوجود فقط والجواب انه اشار اليه في الاسلام انه يعلق بشرطين والمعلق بالشرطين لا ينزل عند وجود احدهما
كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق ومبناه على المسامحة حتى كان احسنه
مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا ارفاق في الطلب منه فلا يعجزه الا بعد ارفاق وادنى المدة لذلك
عليه الاتفاقان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الآن تحقق العجز اذا بها فيفسخ لوجود سببه التاجيل الذي
اتفق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء
نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات
فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه والضمير في فيفسخ يجوز ان يكون للمولى اي يفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا
وان يكون للقاضي اي يفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على الخلاف فانهما اتفقا على ان
المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي
فيه روايتان بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا قوله والآثار متعارضة
جواب عن استدلاله بانه علق عن علي رضه ما ذكره وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها
فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار الى ما بعدها من الحجة وبقي
ما قاله من التعليل يعني ان سبب الفسخ قد تحقق سالما عن المعارض لان دليل ابي يوسف رح حيث انه
قد تعارض لا يقابل المعقول فيثبت الفسخ به قال فان اخل بنجم عند غير السلطان الخ والاخلال
ههنا ترك اداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند
غير السلطان اي القاضي فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر
اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى لا يتفرد على الابطال بانفراده
تام لم يكن فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك ففسخه يحتاج الى الرضاء او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد
تقدم ان فيه رواية اخرى ان الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام
العقد بنوع القابض عن استيفاء احكامه فيشبه بهذا الوجه ما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك
ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاه واما حلاله لانه كسبه
كان صدقة عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد ذكرنا التوقف قال فان مات
المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما فضل فهو ميراث
لورثته ويعتق اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما
وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رح يبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فهو لمولاه وهو قول زيد بن ثابت
رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك
لان العتق لا يثبت اما ان يثبت في الحال او يستند الى حال الحيوة او يثبت بعد الممات مقتصرا او يجعل مستندا
الى حال الحيوة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل ولا الى الثاني لانه شرطه

والفرض عدم ظهور وجود المشروط بعد وجود شرطه والى الثانى لان الشئ يثبت فى الحال ثم يستند وهنا
الشئ لم يثبت بعد ولسلنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر
والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق وعليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج
ما يحتاج اليه القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع من نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص فى
الحال معلول او بيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحيته بملائمته للعلل المنقولة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعن السلف رحمهم الله وعدالته بظهور اثره فى جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس
فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وستطرق ما يرد من جزئية موردا لها
الاضافة الى المختص فى هذا الموضع وامثاله فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده تعجب الخلق على الركب
بحسن التحقيق فذلك الفوز العظيم وهو والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذين ظهر
عند ذوى التحصيل عذرهم فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم فى الحياة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون
صنعا قوله بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت
المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجهه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا
انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضى والمانع اما المقتضى فلان حق
الكتابة حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه واما المانع فلان الموت انفى للمالكية منه للمملوكية فان المملوكية
ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفى المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فينزل حيا
تقديرا كما انزل الميت حيا فى حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفى حق التجهيز
والتكفين وتنفيذ الوصايا فى الثلث او يستند الحرية باستناد سببه الاداء وهو عقد الكتابة الى ما
قبل الموت فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا
يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق يتقدم على الاداء بل يعقبه الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب يعتق
يعتق وعليه لما تقدم ان المعتق عليه هو سلامة مالكية اليد **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا
مولودا فى الكتابة الولد المولود فى الكتابة يسعى فى كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله
فى كتابته وكان كسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشترى فكالمولود فى الكتابة
عندهما وقال ابو حنيفة يقال له اما ان تؤدى الكتابة حالة او ترد رقيقا واعتبراه بالمولود فى
انه يكاتب عليه تبعا ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكتساب فان المولى لا تصرف له فى الكسب
ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة فرق بين الفصلين على ما ذكره فى الكتاب فان اشترى
المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل فى كتابته فاذا ادى بدل الكتابة عتق المكاتب
فى آخر جزء من اجزاء حيوته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته فى ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا فى ذلك
الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون ذلك حر ورث حرا عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ثم مات
الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان
كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته فى ذلك الحال اذ هى آخر جزء
من اجزاء حيوته على ما مر من استناد الحرية باستناد سببها الاداء الى ما قبل الموت **قال** وان مات المكاتب

وله ولد من حرة وترك دينا ذكر هذه المسئلة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد من امرأة
حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء بالمكاتبة فالكتابة باقية وولاء الولد لموالى الام لما بقيت الكتابة [illegible]
المكاتب لان الدين باعتبار مآله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدى البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا
لم يثبت القضاء بالالحاق لامكان الوفاء فى الحال واما ان الولاء لموالى الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد
ولاء فى جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به اى بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز
المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة
فلانه يستلزم الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه
لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو زال المانع عن اثباته
منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت
اللازم يقتضى ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فظاهر فلذلك لا يعود على موضوعه بالنقض قوله وان
اختصم موالى الام وموالى الاب هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب فاختصم موالى الاب وموالى الام
فى ولائه فقال موالى الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالى الاب مات حرا والولاء لنا فقضى به لموالى الام
فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف فى الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبنى
على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل
بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا اى بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه
كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء لهم نافذا انفسخ الكتابة لان انتقاء الاداء مع
احتمال الحكم بالولاء لما تقدم فى المسئلة الاولى ان ذلك جزء اللازم والشئ ينتفى بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة
مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء من البطلان وفى صيانته بطلان ما يجب رعايته
وهو الكتابة ورعاية حق المكاتب وليس احد البطلانين ارجح واجيب بان صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى
فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه اولى من صيانة كتابة اختلف الصحابة فى بقائها
قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه اذا كان المكاتب اخذ من الزكوات شيئا وعجز
فانه ان عجز بعد ادائه الى المولى او قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك قد تبدل
لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة
رضى الله عنها فيما اهدت اليه وهى مكاتبة حيث قال عليه السلام هى لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا
اباح الفقير ما اخذ من الزكوة لغنى او هاشمى فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم
يتبدل سبب الملك ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان
بعد ذلك فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز يتبدل فان عند محمد المكاتب اذا عجز يملكه المولى
بالكتابة ملكا مبتدا ولهذا اوجب نقض الاجارة فى المكاتب اذا آجر نفسه ثم عجز وكذا عند ابى يوسف
وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان المولى لم يملك فى كتابته وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب
فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا آجر المكاتب نفسه ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس
فى نفس الصدقة والا لما فرق بينهما اصلا وانما الخبث فى فعل الآخذ لكونه اذلالا به وذلك لا يجوز للغنى

بلا اجازة والى ما يتهمى لزيادة حرمته والاختصاص بوجود من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير
اذا استغنى وقد بقى في ايديهما مما اخذاه من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب
له ما بقى في يده من الصدقة واما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان الملك
عنده لا يملك المولى اكسابه ما دام مكاتبا بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرناه آنفا وههنا
سؤال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فلا يتحقق تبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مخلوا
من مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف
في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك المولى عنه نظرا الا انا لا نسلم ان ذلك تبدل واين كان
فلا نسلم ان مثله يوجب تبدل العين ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز فحصل به فكان تبدلا
قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا
للفداء ويجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة
كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى اي خيره بين الدفع والفداء لان هذا اي اخذ هذين الامرين
موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا لمانع فان الاصل عبارة عن حال مستمر لا
يتغير الا بامور ضرورية والمانع هنا حال الكتابة قائم مانع عن الفداء فلما تم زعم العلم والمانع عن الدفع
للتعذر بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اي كما يرجع ذلك الحكم
الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به اي
بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ما قضى به من جنا
دين في ذمته يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية
لان الدفع متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له
والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى
الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية لانه احق بكسبها هكذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر
لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال
لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه ابو يوسف وهو كان
يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء اي قبل ان يقضي المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع
وهي الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عندما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد
فقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش
الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من
ارش الجناية ولنا القول بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع قائم ولكن الكلام في انه قابل
للزوال اولا ولا شك في قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على
القضاء او الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لانه مذهب زفر فيما ان
جناية المكاتب بعينها في الحال من غير توقف على الرضا او القضاء فالجواب ان في التعليل قلنا ظهوره
في ان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لا لامكان عود الموجب الاصلي فصار كالعبد المبيع اذا ابق

المكاتبة م

قبل القبض

قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء او الرضا لاحتمال العود بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان
الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة اي الكتابة
حق المكاتب لانها سبب حريته وحرية حقه فهي سبب حقه وسبب حق المولى حقه لافضائه الى حصول
حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كيلا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له اد المال الى ورثة المولى على
نجومه اي مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير
تغير وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتاجيل الكل كالاسقاط بخلاف ما اذا كان مريضا
وكاتب فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتاجيل
غير الثلث كالاسقاط قوله الا ان الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا يتغير فيقال وكان جواب
سؤال كيف لا يتغير بسبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال فيما هم
في الاستيفاء ولا يسمى تغيرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما ان سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى
ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانهم لم يملكوه اذ المكاتب لا يملك بسائر
اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وان اعتقوه جميعا عتق استحسانا ووجه القياس
ما ذكرناه من عدم الملك ووجه الاستحسان ان يجعل اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه بطريق
الارث فيه واذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابرأه مولاه فان قيل فليجعل اعتاق
احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعل ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والعتق لا يثبت في المكاتب
بابراء بعض البدل او ادائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل وهذا لو ابراه المولى
عن بعض البدل لم يعتق شيء منه واذا لم يمكن اثبات المقتضي فلا وجه لابراء البعض وكذلك الى ابراء الكل
لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

اورد الولاء عقيب
المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم التكاتب لهذا
فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة
والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء
عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال والولاء نوعان تنوع الولاء باختلاف
السبب الى نوعين فالاول ولاء العتاقة ويسمى ولاء نعمة ايضا بقوله تعالى واذ تقول للذي انعم الله
عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو يثبت بسبب العتق على ملكه في الصحيح فقوله في الصحيح احتراز عن قول
اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق مستدلا بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه
لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه والثاني في ولاء
الموالاة وسببه العقد على ما سنذكر وانما ذكرنا بلفظ الولاء ولاء العتاقة وولاء الموالاة بيانا لسبب الوضع
فان كلا منهما يضاف الى شيء والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول والمعنى فيهما التناصر بيان حكم
الشرعي قوله وكانت العرب تتناصر باشياء بيانه وجود التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بها وبا
المحالفة وقد قوى النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف
مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه واذا اعتق المولى مملوكه

كتاب م

كان الولاء للمعتق لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق
منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه انما يصح لو كان اصل العتق سببا لان اعتق
مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق فيكون ذلك
الثابت به اى بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقرير المولى يتنصر
بولاء بسبب العتق ومن يتنصر يتحمى بعقله لان الغنم بالغرم بحيث يغنم بنصره يغرم عقله والولاء
معنى بازالة الرق عنه لان المعتق اهلكه حكما لان الرقيق لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحرار
نحو القضاء والشهادة والسعى الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق يثبت هذه
الاحكام في حقه فكان احياء له معنى ومن احيا غيره معنى وذلك كالولاد فيصير الولاء كالولاد يوجب
الارث فكذلك الولاء ولانه يثبت اثر يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم فقوله ولان الغنم بالغرم عطف على
الوجه وعلى هذا اخرج قوله وكذلك المراة تعتق يعنى ان ولاء معتقها لها لما روينا من قوله الولاء لمن
اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنها معطوف على قوله لما روينا معنى وذكره استدلالا لثبوت
الولاء للمراة وروى ان بنت حمزة رضى الله عنها اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنة فجعل النبي عليه السلام
المال بينهما نصفين ويستوى في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره والعتق بقرابة او كتابة او عند الاداء
او تدبيرا واستيلادا بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او بجهة الواجب ككفارة اليمين وما
اشبهها لاطلاق ما ذكرنا يعنى قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وما ذكرنا من المعنى المعقول فان شرط
انه سائبة اى يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف
للنص فلا يصح **قال** واذا ادى المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح وذكر مسئلة جر
الولاء وهي من مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل
ولاؤه ابدا وان وقع تبعا للام ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل امة
وولدها اعتقا وولاؤهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاء ولده لانه لما كان منفصلا عن الام
كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل او اعتقت
وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر وولدت احد التوامين لاقل من ستة اشهر بيوم ثم اعتق
الاب دخل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها
بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدته
لاقل من ستة اشهر حصل التيقن بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوامين لانهما يتعلقان معا فان
قيل الحمل اذا ولدت تبعا والزوج حر كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق اجيب بان الجنين
غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وليس للحمل ذلك واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر
من ستة اشهر فولاؤه لموالى الام لانها لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق
مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها الام لانها لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام
الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان
اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب

الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم اهلية الاب لزم فاذا صار
اهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه
وهو معنى قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه واما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الام امراة
مكاتب ماتت عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق
حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب ان الولد الذي يعود الولاء عليه
لم يثبت بهذا العتق للاب لانه انعقد واضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق
البائن بحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت
به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب
واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب فاذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك استند الى حالة
النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم
وتبين من هذا انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد
عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي
البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالى الاب لصيرورته مراجعا وذكر لفظ الجامع الصغير
لاشتماله على بيان العقل وبيان الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح **قال** ومن تزوج
من العجم بمعتقة من العرب تزوج سلم من العجم لم يعتقه احد معتقة العرب فولدت اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي
حنيفة رح ومحمد رح وهو اولى الارحام الا الله ووارث ماله حتى لو ترك هذا الولد عمة او خالة لم يكن لهما شئ في وجود
معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف رح حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله من ذوى
ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالى امه لان النسب الى الآباء
فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب ان يستوى الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد
هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولا نراه الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه فصار
حال هذا الولد في الحكم حال من لا اب له فينسب الى موالى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان
الحر حي باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكر في الكتاب ومعنى قوله حتى يعتبر
الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالمفاخر ويعتبر فيها الكفاءة فمن له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا
لمن له ابوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكانوا يتفاخرون بعمارة الدنيا حتى
جعلوا من له اب واحد في الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال المص رح الخلاف في مطلق المعتقة وانما قال ذلك
لان محمدا رح ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان ومنع القدورى قيده معتقة العرب
وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمدا رح ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في
الكتاب قوله كالمولود بين واحد من الموالى يعنى العجم فان العجم اذا تزوج بعربية فولدت اولادا فانهم ينسبون
الى قوم ابيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة وقوله وان كان الابوان اى الوالدان معتقين
راجع الى قول الخلاف يعنى ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف واما اذا كان الوالدان
معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب قال عليه السلام الولاء

لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء او لان النصرة به
اي بالاب اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب التعصيب هو جعل الانثى عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب
الانثى وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك
ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته
قوله هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه انتدب
لما ندب اليه وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينتقص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو
خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الآخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد
ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي عليه السلام ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع
قيام وارث هي بنت الميت وذلك لان النبي عليه السلام اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة
هو الذي يأخذ ما ابقته الفرائض واذا كان عصبة يتقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي
فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك
وارثا وارث عصبة استدلالا باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني
اي بحديث بنت حمزة فثبت انه من العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه
للمعتق تأويله اي تأويل قول القدوري هذا اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله
الباقي بعد فرضه وذكر والمعنى الجملة تأويلين احدهما ان معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض
كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فلا اي فلا يشكل هذا الوارث الباقي
بالعصوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللمعتق
الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله
لانه عصبة على ما رويناه وهو اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وهو مانع وقيل
وهذا اشارة الى قوله لانه عصبة يعني انما كان عصبة لان العصبة من يكون التناصر به كعصبة القبيلة
اي القبيلة وتقريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالموالي يكون الانتصار بالقبيلة على ما مر في اول
كتاب الولاء وهو قوله عليه السلام وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء
بنوعيه وقوله والعصبة تأخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقي
فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته كما ذكره في الكتاب وقوله ما قدمناه
اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق
ومعتق المعتق في النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمة قوله ولان ثبوت المالكية دليل معقول على ثبوت
الولاء لمن اعتق اي المعتق من اعتق وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر
وكل من ثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها
من ينسب الى مولاها لان حق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة
بخلاف النسب فانه لا ينسب الا الى الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش انما هو للذي هو له لانه المالك والمرأة
مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث

حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب واما الولاء باعتبار التفرع فيخلفه فيه من يكون به التناصر والتعصيب للذكور
دون الاناث حتى لو ترك المولى ابا او ابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة اعتقت
عبدا ثم ماتت عن ابن واب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع
فقال لابيه السدس والباقي للابن لان الابوة يستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب
عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب وهذا لم يصر محروما من ميراثه فكذا عن ميراث
معتقها ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون
الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه واب ابيه واخاه
لاب وام اولاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة رح لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب
في العصوبة ولو ان امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما
فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على اخيها
لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم
ابيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر وهو المروي
عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة ليس
في السن على ما قالوا الا يرى ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما
نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع

فصل في ولاء الموالاة

اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل
للتحويل كان اقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة
واصطلاحا وصورة هذا الولاء ان يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له او لغيره واليتك على انى
ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك ويقبل الآخر منه ولهذا شرائط احدها ان يكون
مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره اما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء
موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالث ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط الولاء عقل الاعلى وحريته
فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلثا اجيب بان المذكورة انما هي الشرائط العامة
المحتاج اليها في كل والمذكور في السؤال انما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره واما حكمه فهو وجوب العقل على
عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات من غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج
الى تفسير خلا قوله فان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي
ان يكون الثلث للمولى كالموصى له بكل ماله اذا كان له وارث معروف واجيب بانه جعل بعقد الولاء
وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في
كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا
يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال
مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجيح
استحقاق القريب عليه وكذا قوله لانه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل فانه

اورد عليه بان اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق
عليه اذا كان تعذر عزله الموكل عليها ثمرة الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من
الاعلى والاسفل واجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما
وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه والزام شيء على الآخر من غير علم به نفسه ضرر لا محالة لانه
فيجعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلا قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة
العزل الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد الذي وكل
ببيعه فانه اورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء
كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة
العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في النهاية والله اعلم

كتاب الاكراه

لما فرغ من تعقيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كما
ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة
عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء
ما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وتفسيره
ان يحمل المرء غيره على المباشرة بما ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختيار او مع عدمه
وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم
الآخر لكن لا بد من تقديره لا في او يفسد به اختياره فتلك انواع الاكراه الثلثة وهو موضع اصول الفقه
وقوله مع بقاء اهليته اشارة الى ان كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت
الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا وانا شرطه وحكمه ففي اثناء الباب قال الاكراه يثبت حكمه
اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به شرط الاكراه حصوله ممن قادر على ايقاع ما توعد به سلطانا
كان او لصا وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه انه يفعل ليصير به الاكراه محمولا على ما ادعي اليه من البيع مثلا
فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجيء تفصيله ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لان تحققه
يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره
عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي قال ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان
المنعة والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير اهل الزمان
فاذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة او الاقرار بالف لرجل او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد
او بالحبس فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه فهو بالخيار ان شاء امضى وان شاء
فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه
الاشياء يعدم الرضا وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس
يوم او قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالي به نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم انه
يستضر به فهو اكراه لوجود العلة في وجود فوات الرضا قوله وكذلك الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه

بهذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد وهاهنا الاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار
حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا اكره
على الاقرار بالف بضرب سوط او حبس يوم فانه ليس باكراه كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب لو تضرر به
لما ان الرؤساء والاجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد اكثر مما يستنكف
غيره من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد لم يوقت في ذلك تقديرا لانه يختلف ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال
المبتلى به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة
الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا ان
ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله
وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وتاثير انعدام الشرط
في فساد العقد لا غير كانعدام المساواة في باب الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار انما لا
يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت انه يفيد
الملك عند القبض فلو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه
القيمة كما في ساير البياعات الفاسدة فان قيل لو كان كساير البياعات الفاسدة لما كان جايزا بالاجازة
كما اجاب ان باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف ساير ما فان
المفسد فيه باق قوله الا انه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في ساير البياعات الفاسدة فانه فيها اذا
اذا باع المشتري شراء فاسدا لم يبق للبايع الاول حق الاسترداد وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد
للبايع وان تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق
بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا
يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه ومن جعل البيع الجايز المعتاد يريد به بيع الوفاء وصورته ان يقول
البايع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت
منك هذا العين بكذا على اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند
جعلوه بيعا جايزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس
للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه واشار اليه بقوله البيع الجايز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا
وجعله كالبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم
من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه
المرتهن فلا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره ولما استهلك من عينه والدين ساقط
بهلاكه في يده اذا كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلكت بغير صنعه وللبايع استرداده اذا
قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من لم يجعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ
البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو اجاز احدهما لم يجز على صاحبه ويفسخ
قول بعض العقاد انهم في عرفهم لا يعتبرون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجعلونه الى ان يرد البايع الثمن الى
المشتري ويرد المشتري المبيع على البايع من غير فسخ ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن حكم بيع

ما اشتراه م

مطلب فيه متمم بيان بيع الوفاء وحكمه

منهم الصدر الشهيد تاج الاسلام احمد بن عبد العزيز واخوه الامام صدر الائمة والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني والامام علاء الدين الموفق سمرقند

او هبة والهبة تمنع بيع الوفاء لانه في معناه عند رد المبيع قال ... فان كان قبض الثمن طوعا اذا
قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة
ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اي قبض الثمن
كان اجازة طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة
ولم يذكر الدفع فوهب مكرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا او يوجب الملك بعد القبض
كالعقد الصحيح بناء على ان اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه تصرفا لا ينقض
فعليه ضمان قيمتها والفرق بينهما ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به
الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان
قبضه اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد فيكون الثمن
امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان
للتملك وهنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع
مكره ضمن قيمته للبائع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة
والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث التكلم
فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري لان
الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره
رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع بأداء الضمان وان ضمن المشتري يعني ايّ مشترٍ كان بعد الاول
نفذ كل شراء بعد شرائه لو تناسخته العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولم ينفذ ما كان
قبله لان الاستناد الى وقت قبضه وقالت الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وفيما
عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما على شقي الترديد من تضمين المكره والمشتري
وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته
عقدا منها حيث اقتصر النفاذ فيهما على ما كان بعده وعم الجميع هنالك في الاجازة اجاب بقوله لانه
اسقط حقه يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين
اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه لو اجاز بيعا من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان
الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لصادفه ملكه فيكون اجازته احد البيوع
تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد ملكه والبيع من كل
مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا فرق الحال بين اجازة
البيع الاول والآخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازة عقد منها **فصل** لما ذكر حكم
الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله وقدم الاول لان حق العبد
مقدم لحاجته وذكر فيه ان الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو
الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول او الفعل والثاني ان كان على
فعل فليس بمعتبر ويجعل كان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد

والهزل فكذلك والا فهو معتبر وعلى هذا اذا اكره على ان يأكل الميتة او شرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف به
النفس او العضو او قيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه
ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم
فيما وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس او العضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه ذلك
ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الالجاء يتحقق بخوف تلف العضو لان بدن الانسان في احتمال الضرب
متفاوت وليس فيه نص مقدر فيعتبر فيه غالب ظن المبتلى به ولا يعتبر من قدره في ذلك بادنى الحد وهو
اربعون فقال ان تهدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على
وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك بسبب الفساد او بالزنا وهو لا يجوز فان صبر حتى اوقعوا به اي قتلوه او قطعوا
عضوه ولم يتناول وعلم بالاباحة فهو آثم لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل
يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام
معاونا للغير على اهلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح انه لا ياثم لان الاقدام على
ذلك رخصة اذ الحرمة بصفة انها ميتة او خمر وهي قائمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا ياثم قلنا لا
نسلم ان الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم
اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا تحريم فيه
فكان اباحة لا رخصة فامتناعه عن التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف نفسه او عضوه
فكان آثما لكنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه لم يختص بمعرفة الفقهاء
فيعذر او ساء الظن بالناس بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى
ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب
عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار حراما فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام
قال وان اكره على الكفر باعلم ان كل ما لا يعتبر اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها
في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يسعه
الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يوري والتورية ان يظهر
قولا ويضمر خلافه فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب وجاز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين كان
اظهر ما امر به سوى ما كان او غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر حيث ابتلي
به فقال النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى
الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وصدقه فيه ومعنى قوله عليه السلام فعد عد الى طمأنينة القلب لا الى الكفر
والطمأنينة جميعا لان ادنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر
مما لا ينكشف حرمته وهو منصوص ... قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت
بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا
لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد ظاهرا وفوت
حق الله تعالى توهما فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان خبيبا رض

صبر على ذلك حتى قتل وصلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله اي فيه كلمة شك انه
وهو رفيقي في الجنة وقصته معروفة ايضا ولان الحرمة باقية لتناهي قبح الكفر وبقاؤه مما يوجب الامتناع فكان
الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية للاستثناء
كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله ومن كفر
بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تقديما وتاخيرا
وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره
وقلبه مطمئن بالايمان فان الله تعالى اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب
والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة
كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا
مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة
ان كان هو المصطلح فذاك يمتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي
كما مثل به فانما تخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان
مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك ومن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان
الامر في قوله عليه السلام فان عادوا فعد للاباحة وفيه اثم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته بحال ولكن الكلام في
اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر قال وان اكره على اتلاف مال مسلم وان اكره رجل على اتلاف مال
مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة
كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له
والاتلاف من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح آلة احتراز
عن الاكل والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آلة له وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل
يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه فهذا
لا نزاع فيه واما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان يجب على المكره والمكره
جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول قول الشافعي والثاني قول
ابي يوسف والثالث قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر له ان الفعل من المكره حقيقة
لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب
القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن
مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجب على المكره ايضا
لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب الى القتل حكم في هذا الباب القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهد
على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب
ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره
فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب انه دليل يدل على عدم جواز اضافته
الى غير المكره مباشرة وان الشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولابي يوسف ان القتل الحاصل من

المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى الدليلين فدرئ ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان تاثير الشرع يدل
على تغير الحكم ونص عليه بكونه محمولا على الفعل بقوله على انه كالآلة والفعل ينتقل منه وكل ما كان كذلك كان شبهة
والقصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي
تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه
عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لما اضيف الاثم الى المكره كما في القتل اجاب بقوله
ولا يصلح آلة في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فانه
ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف مالية العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل
اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره
من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هنا واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن
فيه وبين من اصابته مخمصة فقتل انسانا واكل لحمه حتى يبقى حيا ايثارا لحياته بطبعه فانه يجب عليه القصاص
وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال سواء
كان هذا المكره الآمر بالغا عاقلا او معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ
شيخي علاء الدين عبد العزيز الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل من المبسوط
المبسوط ولو كان الآمر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون
وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قال وان اكرهه على طلاق امراته فان اكره الرجل على طلاق
امراته او على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة
الا ان يكون اكراها بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له
فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بل التلفظ
وهو لا يصلح آلة في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف
وهو يصلح آلة فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة
الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا
ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر عتقا مستقبلا كما
طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه اتى بالمامور به على وفق ما
اكرهه وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى
كاذبا واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان
طائعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار صادقا او كاذبا ولا يضمن المكره شيئا
لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو
الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولاء عوض لانه سبب العتق على ملك
المولى فكيف يكون المكره معوضا عما اتلف بما لا تعلق له به اصلا سلمنا ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا
كان العوض مالا كما لو اكرهه على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض
او في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه تتقوم الا عند الدخول والولاء ليس

كذلك لا تتريد له النسب الا يرى انه لو شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج
الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير
ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على
اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب ابي حنيفة رح سالم عن
النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق
ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد فيها في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا
يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد
حكما فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئا قال ويرجع بنصف مهر المرأة الجواب فيما اذا
اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا انه لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق
وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق وثم بقيمة العبد وان
لم يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم
واما في الطلاق فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين
ابن الزوج منها بغير اكراه او بالارتداد والعياذ بالله وما كان عليه تاكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف
السقوط تاكد به ولتاكيده شبه بالايجاب فكانه اوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا
الوجه والمكره في حق الاتلاف بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان
المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن
الا يرى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل
بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق او اعتق جاز والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل
فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشروط الفاسدة والشروط
الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة فالاكراه لا يؤثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الفاسد فلانه تقدم
بعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقاد
واما ان الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل
قبل التوكيل كان موقوفا على حق المالك فهو بالتوكيل اسقط فاذا لم يفسد بها كان تصرف الوكيل نافذا
ويرجع المكره على المكره بما لزمه من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه
وقع على الوكالة وزوال الملك لا يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فيضاف التلف اليه كما في الشاهدين
شهدا ان فلانا وكل فلانا بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان مقصود المكره
زوال ملكه بما شرع الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعل وسيلة الى الاتلاف فيضمن ولا ضمان على الوكيل
لانه لم يوجد منه اكراه قوله وما النذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل وضابط ذلك
ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا
وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد
التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه

ذلك

ذلك ولا يرجع بمثل المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا اكره على يمين
انعقدت او على ظهار فظاهر صح وكذا على رجعة ففعل صح او على ايلاء فآلى او على فيء اليها باللسان ففعل صح
لانها اي الرجعة والايلاء والفيء تصح مع الهزل وما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان اكره على اعتاق عبده
عن كفارة اليمين او الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره بالخروج عما لزمه وذلك
من حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته
لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن تعيينه مستحقا عليه واذا ثبت الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمجزئة
على احد وان ترك التي آلى منها اربعة اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره
لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بالزوم من الصداق وان قربها وكفر لم يرجع
على المكره بشيء لانه اتى ضد ما اكرهه عليه فاذا اكره على ان يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج
طلاق او يمين وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل او يمين لوجود الشرط والجزاء وهي
لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بما ذكر بما سلم لها من البينونة
ولا شيء على المكره للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قيل ان خالعها
وهي غير موطوءة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتاكيد ما كان على شرف السقوط
او لا قلنا لا يخلو اما ان ساق الزوج اليها المهر كله او لا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق
اما عندهما فظاهر لان الخلع على المال حتى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح واما
عند ابي حنيفة رح فلانه وان اوجب البراءة لكنها زائدة مكره والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع
عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه
الحد قال ابو حنيفة رح اولا ان اكره على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار
آلته وذلك لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين
منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه ان كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر
ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل
دفع الهلاك لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه
امر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يلزمه الحد واما
تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل
اختلاف الحكم ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على ايقاع ما توعد المكره
الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقيقا لان السلطان يعلم انه لا يفوته فهو ذو اناة في امره
وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان
عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا
يمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان
بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد
وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل او اذنت بذلك لان الاذن ظاهر لا يتمام

عندنا

بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن لا يبيح الوطي فكان اذنها لغوا لكونها مجردة عن ذلك شرعا وان
اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة بتبدل الاعتقاد الا يرى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفي
تبدله شك وكان الايمان ثابتا بيقين فلا يثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز ان يجعل
كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الكلام
وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه
الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرفه عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك فان
قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي
القياس القول قولها في وقوع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي
فيه الطائع والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر
فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته
عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد والمستلزم للفرقة كان دلالته
عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا ان يكون صريحا فيه يقوم اللفظ مقام معناه
فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون لفظه وافق
اعتقاده واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام في الحالين قيل اي في حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام
لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام
وهذا في حق الحكم اما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة
الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة ان الايمان هو التصديق والاقرار
باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهبا بل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا ولو اكره
على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة اي شبهة عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق
غير قائم بقلبه فعند ذلك لا يكون مرتدا والشبهة دارئة للقتل قوله ولو قال الذي اكره معطوف على قوله وقال الرجل
قد اظهرت ذلك يعني لو قال الزوج في جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت
بانت منه قضاء لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه لانه اكره على الانشاء دون الاقرار ومن
اقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق على
الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى محتمل لفظه ولو قال اردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي
الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بباله
امكنه الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشاء
الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة والحاصل
ان المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلثة اوجه في وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي
وجه يكفر قضاء فيفرق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وعد ذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخطر بباله
فيها طلب منه اولا والثاني هو الاول والاول لا يخطر بباله ان يقول ذلك خبرا عن الاخبار عما مضى كاذبا
والاداء وهو الثالث وان لم يرده وهو الثاني واذا عرفت هذا امكنك ان تخرج مسئلة الصلوة للصليب

النبي صلى الله عليه وسلم وقوله لما انه اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية
المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية
كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهو احد قطري امر الديانة والاخر التعظيم
لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير و
الرقيق والمجنون واسبابه مصادر هذه الاسامي والحق بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري
المفلس بالاتفاق ولما كانت اسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن
سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده
فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله واهلية التصرف
انما هي بالعقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه اية اهليته واما العبد فلا اهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى
كيلا يتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ
اربابها اكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه وكيلا يملك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن
له كسب فان المولى اذا اذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه
بحال **قال** ومن باع من هؤلاء شيئا اراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق
وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب والشراء جالب
ويقصده لافادة هذا الحكم اعني كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس
لافادة هذا الحكم والولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في
العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظاهر واورد سؤال على
الشراء وهو ان الاصل في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد
منهما موقوفا على الاجازة واجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء
الفضولي وهنا لم يجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او لضرر المولى فوقفنا قال صاحب النهاية
ثم هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه
اما ههنا يعني في الهداية لم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا
ههنا فاورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكره شيخي في شرحه قوله وهذه
المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع
والشراء اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما
يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد
واما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم قوله دون الافعال يعني ان
المعاني الثلثة لا توجب الحجر عن الافعال لان الشان ان الافعال لا مرد لها حتى ان ابن آدم لو انقلب في
قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في
الحال لان الافعال لوجودها حسا ومشاهدة يحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا

انما فرق بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار
وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط بها واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه
غير معتبر لما فيه من الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فاما ان شرط اثباتها
موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة
ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل الموجود بمنزلة
المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة والثاني ان
القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ليتعين القول من الحر
البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت حقيقة
فلا يمكن تبديلها وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن
اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة
لما يترتب عليه من الحد والقصاص **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم
النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمولى بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل
المذكور ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال ليتساق القوليات في موضع واحد وقوله لما
بينا اشارة الى قوله والقصد من شرط ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا
طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق
وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة
في الحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق و
الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له
على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينعقدان بمباشرته اي الولي
بخلاف ساير العقود وقوله وان اتلفا شيئا بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله
والحايط المايل بعد الاشهاد يعني انه لا قصد من صاحب الحايط في وقوع الحايط ومع ذلك يجب الضمان وقوله
على ما بيناه اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرط وقوله فاما العبد فاقراره نافذ معطوف على
قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام
كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا ما يوجد خفة يعتري للانسان
فيحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على مقتضى
العقل والشرع قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا
مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله فاذا حجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل
بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار بالحدود
والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه

الطلاق م

من التصرفات بعد الحجر على كل شيء واستدل المصنف رح بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل
وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي هذا
حقيقته والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده وهذا
الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي رح فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر
والعقوبة عليه والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا
وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض بالعبد
فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال المخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس
بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفالات المالية وبعض
الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وتشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حر سقط
الاعتراض وهذا اي عدم الحجر لان في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار آدميته وهو ظاهر قوله ولا
يصح القياس على منع المال جواب عن قولهما ولهذا يمنع عنه المال وتقريره ان منع المال منه انما هو بطريق
العقوبة عليه ليكون زجرا له على التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله ولا على
الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفيه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا
قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة كما ذكرنا انه عاقل والحرى على خلافه بسوء اختياره فكان
قياسا قادرا على عاجز وهو فاسد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني
ان منع المال بدون الحجر مفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات وذلك يتوقف على اليد اذ لا
يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع من ذلك وان فعل لم ينفذ قوله واذا حجر تفريع على مسئلة الحجر
ومعناه ان القاضي ان حجر على السفيه على رايه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه وكان
الواجب ان لا يجوز لان قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء
لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو
ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان ابا حنيفة رح لم
يقل بنفاذه محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلو رجع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى
ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد
ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك
نافذة لانه لا يحجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يونس الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يونس
رشده وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى
ببقائه كالصبا ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب وهذا يمكن ان يوجه على وجهين احدهما
ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا
للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ
من الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب لا فائدة في المنع فلزم
الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو

ان منع المال عنه بطريق التأديب الخ قوله ولان المنع دليل آخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده
باعتبار اثر الصبا لان العادة وجدانه في اوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة فقدر ذلك بخمس وعشرين سنة
لان مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ ويعطى حكم البلوغ وقدر ذلك في سبع سنين
اعتبارا بمدة التميز في الابتداء وعليه اشار النبي عليه السلام بقوله مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا وهذا قال
ابو حنيفة رح ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس باثر الصبا فان قيل الدفع معلق
بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند
العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لحصول
فهمه اصلا وكان مناسبا لقاعدة الاصالة قال ثم لا يتأتى التفريع على قوله اراد ان التفريع الذي
ذكره القدوري في مختصره بقوله فان باع لا ينفذ لا يتأتى على قول ابي حنيفة رح وانما التفريع على قول من
يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع ليظهر فائدة الحجر عليه فيكون موقوفا فان رأى الحاكم فيه
مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده اجازه وان كان الثمن اقل من القيمة
او كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجز لان فيه ضررا بخروج المبيع عن يده بدون ان يكون في
يده شيء من البدل واستدل على الجواز ما توقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز
ورد بان ركن التصرف اذا صدر من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية
بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر فان الحاكم نصب ناظرا
فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز
عند ابي يوسف رح لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والنظر في
ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ
العلة عنده هو السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليها الحكم وهذا الخلاف اذا بلغ رشيدا
ثم صار سفيها عند ابي يوسف رح لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد رح يصير محجورا بمجرد السفه
وان اعتق عبدا يعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رح فلم يخص قولهما بالذكر احترازا
عن قوله لان عند ابي حنيفة رح الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه اذ لا يرى
الحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال ونحوه
وقول الشافعي رح فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل
يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل لا من كل وجه بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج
كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل
فيصح منه وفيه بحث من اوجه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه او اعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر
بهدي او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر
فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجبت
عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق
السفيه لا في حق الهازل والصحيح منه ان يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل

والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف فيستلزم عدم تنفيذ الكفارات
والنذر لان في تنفيذها اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر ومن
الثاني ما سيجيء في الكتاب ومن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وتركه ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى
فلا فرق بينهما والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من
ان يكون اهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما ان الرق كذلك فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته
الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير
في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وهنا لا حق
لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر
وذلك في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض لاجل النظر للغرماء
والورثة فاذا اعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه او لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له
سواه لمعنى النظر الى آخر الثلث وعن محمد رح انه لا يجب السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا لمعتقه وذلك
غير معهود في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى للساكت ولو
دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلان يملك
انشاء حقه كان اولى الا انه لا يجب السعاية في حيوة المولى لانه باق على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب
المولى عليه دينا فان مات ولم يؤنس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير
يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى ان مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى
العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه فقيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق
وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه اجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبل
الشرط الا انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة اي ضرورة ان لا يمتنع السبب بعد الاهلية فانها تزول بالموت فلا يظهر
سببه في ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن الغير بالبيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك
واجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا يرى ان الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير ولو
ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله
والبقاء من الحوائج الاصلية لحيوة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد
فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا وان لم يكن معها
ولد اي ان لم يعلم لها ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة حجة كانت دعوة تحريم
فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد فصار
كانه قال انت حرة فيمتنع بيعها وسعت في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها
في ابطال الحق الغير فكان في دفع حكم الحجر عن نفسه ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل
يعني ان يكون معها ولد او لم يكن الخ قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولو
سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وصار كالمريض مرض الموت يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة

في المريض يعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة اصلا قوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل لا
الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته في مقدار
مهر المثل وتبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وبعض المسند يعتقد ابو حنيفة رحمه الله
انه لا فايدة في الحجر عليه لا ينسد باب تلوف المال عليه بهذا الطريق بل هذا اسرافه ايلاف بطريق الهبة اذ هو
يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزويج والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق
قوله ويخرج الزكوة من مال السفيه والاصل في هذه المسايل ان ما وجب عليه من امر اوجبه الله كالزكوة
او كان من حقوق الناس كنفقة من يجب عليه نفقته هو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق
النظر في اسقاط شي من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم
البينة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا
في الولد فان الزوج يصح اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر مقر على نفسه
بالنسب والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوايجه لكن لا بد من اثبات عشرة المقرله والاقرار بالنكاح
صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة قوله وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس بخلاف
ما اذا حلف او نذر يعني ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم لكل حنث ثلثة ايام
متتابعات وعن ظهارها بشهرين متتابعين وان كان مالكا للمال لان التكفير لا انه اي كل واحد مما يجب
بفعله اذا السبب الزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب ويضيع فايدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم
مرتب على عدم استطاعة الرقبة فاني يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية لان دليل
الحجر يوجب السعاية على من يعتق السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار قوله وان اراد
حجة الاسلام لم يمنع وقوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا كذلك والقياس ان لا يعطي نفقة السفر
لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد الحج ولو اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجري فيها الصوم فعليه الصوم
ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي اذا اصلح فان مرض واوصى وقيد بالمرض باعتبار ان الوصية غالبا يكون
في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس فيهما كالتبرع في حيوته واستحسنوا
فيما اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى ان يكون من الثلث لان نظر فيه لانه وجوبها بعد وقوع الاستغناء
عن المال في امر دنياه ومن لا نظر له في المنع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذ ذلك
وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي فمن ذلك ما قالوا ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ
وهو يعقل ما يصنع عندنا سواء الا في اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولو صي الاب ان يتصرف على الصبي
يشتري له ما لا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه
يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل
ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره والسفيه اذا دبر عبده صح تدبيره قوله
ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر
ومبنى هذا الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله
وعندنا للنظر له في ماله فاذا اصلح ماله لم يبق عليه حجر وذلك لان الله تعالى قال فان آنستم منهم رشدا فادفعوا

اليهم اموالهم نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس منه رشدا ولانه اهل
للولاية عندنا بالاسلام فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم يعني في اول كتاب النكاح ويحجر القاضي
ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله من ليس بسفيه لكنه مغفل لغبنه في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر
واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي عليه السلام فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا
خلابة ولي الخيار ثلثة ايام واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف
الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد وبان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه فصل
في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد
اسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم
بالضم ما يراه النايم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطي والاصل هو الانزال
قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شي من ذلك فحتى يتم ثمانية عشر سنة وبلوغ الجارية
بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم للغلام
والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي رحمه الله وكلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح وانما
قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه
قوله واذا راهق الغلام او الجارية يقال راهق اي دنى منه وصبي مراهق اي دان للحلم واشكل امرهما في البلوغ
يعلم ذلك منه فقالا قد بلغنا فالقول قولهما ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنى عشر سنة او اكثر ولا يقبل
فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة
وفي حق الجارية تسع سنين باب الحجر بسبب الدين الذين ايضا من
اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم آخرنا خبره وينبغي للقاضي
ان يشهد انه حجر عليه في حال احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان يبين ان الحجر كان بسبب الدين لانه يختص
بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث نفذ وان يبين
من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وابو حنيفة رحمه الله لا يحجر
لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون
وترك الحجر ضرر يلحق الداين وانما يكون الاول اعلى ان لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الداين يندفع
بالحبس لا محالة وما يحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الداين واهدار
الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الداين واذا كان كذلك كان كالمال لا يتصرف فيه الحاكم لانه
نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا
لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنع التصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله بالنقل
من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجية وهو مواضعة لانه احتمال مرجوح فلا
يهدر به اهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء
بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة
فان التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع من

البيع

الشيخ بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق قوله والحبس لقضاء الدين جواب
من قولهما حتى يحبس برفع السين لا جله اي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء
الدين باختياره من الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه قوله كيف
اي كيف صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بغير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن شرعا
لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع
لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين
ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف قوله عملا بالشبهين قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ
نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضي اعم واقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع ضعفه
لثبت للقاضي لقوته قوله ويباع في الدين النقود حاصله ان القاضي نصب ناظرا فينبغي ان ينظر للمديون
كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لم ينفذ ذلك بعد قضاء الديون
يعني اذا استهلك مال الغير حال الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء
مشاهدا لا مرد له بخلاف الاقرار فانه سبب محتمل قوله وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه
لمكان الدين الا يرى انه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير
وعن ابي يوسف انه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه
في الحبس وغيره سواء قوله هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم لا يمنع من الاكتساب في السجن لان فيه نظرا
للجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه
قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار بلا ذموه
ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي
ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله
قوله يقسم بينهم بالحصص اي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذوا فضل كسبه بغير اختياره
او اخذ القاضي وقسم بينهم بدون اختياره واما المديون في حال صحته لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء
الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلثة نفر لواحد منهم
خمسمائة وللآخر منهم ثلثمائة وللآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس
القضاء كيف يقسم امواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض
ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيته وان كان المديون
غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم
بعضهم على بعض قوله بينة اليسار اليسار اسم من الايسار اي استغنى والاعسار مصدر اعسر
اذا افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الاعسار قال في المغرب وهو خطأ قوله لانها اكثر اثباتا
لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه غيره اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج قوله
في الملازمة لا يمنعونه الخ تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وليس يستحق عليه وعن محمد انه
قال للمدعي ان يجلسه في مسجد حيه او في بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي

ولو دخل

ولو دخل داره لحاجة كغذاء او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع
خلوة ومن هنا قيل اذا اعطاه الغذاء وما يحتاج اليه وموضعا لاجل الغائط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ولو
اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق
والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فح يحبسه دفعا
للضرر عنه وفي بعض النسخ ويمنعه من الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامه
الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة تلازمها **قال** ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا
اشتراه منه يعني ان رجلا افلس والمتاع باق في يده فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح
يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع ونحوه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز
المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع
بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان
الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم
يعني لا نسلم ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن ايدي
الناس كان لرب السلم حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب العجز
عن تسليم العين من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وانما هو المستحق به وصف في الذمة اعني
الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذ لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار
كما كان للمشتري مليا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به دينا في الذمة وبقاء الدين بقاء
محله في الذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملي فان قيل هذا استدلال في
مقابلة ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال ايما رجل افلس فادرك رجل وفي رواية
فوجد البائع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما
روى الخصاف رح باسناده ان النبي عليه السلام قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة
غرمائه فيه وتاويل حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل
ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا يفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد
لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بانا لا نم عدم التغير
لان موجب العقد هو ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن اداء البدل
فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين
حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله ويقبض العين جواب عما يقال لو كان العين
المنقود غير مستحقة بالعقد وجب ان لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنقود وتقريره ان قضاء الدين
واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير منقود وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين
بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصا
هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين فيجب اعتباره ما لم يتعذر وفيما نحن
فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن

تحقيق المبادلة فيحرم الاستبداد فيه بقوله عليه السلام لا تأخذ الا بملك او رأى ذلك فيجب ان يجعل العين المقبوض في
مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة وكان النجز فيه نحو اعانه العقد وذلك يوجب الفسخ

كتاب المأذون

اراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة
عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه
الذي كان العبد لاجله محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل اذنه اذ العبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد
الرق بقي اهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك
حق المولى حجر عنه فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه قوله واسقاط الحق الى آخره كالتفسير لقوله فك الحجر
وقوله عندنا اشارة الى الخلاف فان عند الشافعي رحمه الله الاذن توكيل وانابة وصحح المعنى كونه اسقاطاً عندنا
بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وانها عامة لا تختص بنوع ومكان دون
دل على انه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقف كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر لحق المولى
لا غير واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما ان التعريف ليس
باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عند ما عرف بذلك كما اشار اليه والثاني ان حكم الشيء هو تعريفه
فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً وصحح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا
لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان التصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا ملك له حتى يبيع
والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع من الاداء كان
للطالب حبسه وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء
حقاً له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضاً لكن شرطنا اذن المولى دفعاً للضرر عنه بغير رضاه
والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مقيد فلا يعتبر فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم
التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلاً لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لاحكامها وهو ليس باهل
لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان
الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود اجيب
بان الرق لما كان باقياً كان الحجر بعده امتناعاً من الاسقاط فيما يستقبل لا ان الساقط يعود ثم الاذن
كما يثبت صريحاً يثبت دلالة كما اذا رأى عبده يبيع من ماله شيئاً ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً
لزفر والشافعي رحمهما الله وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول فان السكوت يحتمل الرضا
وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجوراً والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع
بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن
مأذوناً يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار للمسلمين بتأخير حقوقهم ولا
اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض
او لا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل يعني ذلك التصرف الذي رآه من البيع فيه يصح
فليقع فيه وكذا اذا رأى اجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن اذناً والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن
وسكت لم يكن اذناً واذا رأى بنته تزوج نفسه وسكت لم يكن اذناً فما الفرق اجيب بان التصرف في

التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما فيها
ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذناً بالنظر الى ضرره وتوهم كونه اذناً بالنظر الى تحقق
وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الراهن لم يصر سكوته اذناً لان جعله اذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد
لا يتصل اليه من محل آخر فكان في ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن ايضاً يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح
ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان
ملك المرتهن عن اليد بات فكان اقوى واما الرقيق عبداً كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه
اذناً قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الاسلام رحمهم الله لان السكوت انما يصير اذناً واجازة
دفعاً للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفاً لان انكاح المملوك
ملك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع البضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان
موقوفاً ولكن فسخ فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن
المولى واجازته وانما هو في ان سكوته اجازة او لا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضرراً محققاً
للمولى فلا يكون السكوت اذناً ثم لا فرق بين ان يبيع عيناً مملوكاً للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعاً
صحيحاً او فاسداً لان كل من رآه يظنه مأذوناً له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً ولو لم يكن المولى
راضياً لمنعه دفعاً للضرر عنهم وبهذا الدليل كما لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة انفع
ان يبيع عيناً مملوكاً الى آخره قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذا قال المولى لعبده
اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشيء كان اذناً عاماً بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري
ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاماً متناولاً جميع انواع الاعيان
لانه اي بيع الاعيان اصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالاعيان فالحقت بها ولو باع بغبن يسير جاز
بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا في الفاحش عند ابي حنيفة رح خلافاً لهما قالا البيع بالغبن الفاحش
خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض
من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابي حنيفة رح ان البيع بالغبن الفاحش
تجارة بلا خلاف فملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث
من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من
المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث ابو حنيفة رح سوى هنا بين البيع والشراء في
الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما لحقه من العهدة في الشراء
فكان الوكيل في الشراء متهماً في انه اشتراه لنفسه فلما ظهر له الغبن اراد ان يلزم الآمر وهذا لا يوجد في
تصرف المأذون لما انه لا يرجع بما لحقه من العهدة على احد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا
الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش
عند ابي حنيفة رح ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين ينفذ
وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي يعني يؤدي دينه اولاً فما بقي بعد قضاء الدين يكون
كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد الا ان المولى وارث لانه رضي

بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطا بما له بطل المحاباة فيقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر يعني اذا حابا في مرض موته وله ان يؤدي ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويتوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو قد لا يتفرغ بنفسه فيحتاج الى التجارة بغيره ويجوز له ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ويملك ان يتقبل الارض اي يستاجرها ويستاجر الاجراء والبيوت لان ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه اذا كان البذر من قبله فهو مستاجر ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستيجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا وله ان يشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال والله الزراع بأجرته وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا يدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي في احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائبا عن مولاه في التصرف في كسبه الا يرى انه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو رأس المال للمأذون له يملك التصرف فيه بلا ريب فالمأذون له يملك التصرف في نفسه فيها الا ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن او من حيث منافعها لاجانبان يكون من حيث ذاتها فانها لا يعود على موضعه بالنقض فانه ما اذن له بالربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات تفضي الى عدم الربح فافرضناه الربح لم يكن للربح بذا خلف باطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهي المقصود قال فان اذن له في نوع منها دون غيره قد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي هو توكيل وانابة وعلى ذلك يبتني هذه المسئلة وهي انه اذا اذن له في نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره كان مأذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع فالاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا يملك حجره فيختص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه في اول كتاب المأذون وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكونه التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز اجيب بانه ضرر غير محقق ولئن كان فلم يمنع وهو التوكيل ولئن جاز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لم يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهلية ومالكيته فليس السؤال الوارد قوله بخلاف الوكيل يجوز ان يكون جوابا عن قولهما كالمضارب لان المضارب وكيل

والوكيل

والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال الغير فيقتصر وحكم التصرف جواب لقولهما ويثبت الحكم للمولى وهو ما نعه بالسند اي لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وموضعه اصول الفقه قال واذا اذن المولى في شيء بعينه اذا اذن المولى في شيء بعينه مثل ان يقول اشتر هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما للاهل لم يكن مأذونا له وهذا استحسان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى ان من امر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح اقراره ويبيع ويشتري وقبيحه ويؤخذ بها في الحال فلا يتجرى احد على استخدام عبيده فيما اشتد اليه حاجته لان غالب استعمال العبيد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه اذن بتصرف مكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه او دلالة كما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر او ادّ الي الفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه ولا يوجد نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وامر مولاه ببيعه فانه في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه اذن بالمكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن فيه صدر صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول اذن دون الثاني فتأمل قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا اقرار المأذون بالديون والمغصوب جائز واقرار المأذون جائز بالديون والغصوب والودائع لان الاقرار بها من توابع التجارة اما بالديون والودائع فظاهر فان التاجر قد لا يقبض الثمن فيكون دينا او يقبض فيكون عنده وديعة واما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انقطاع التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر والجامع حق الغرماء بما في ايديهما من المال والكسب بخلاف الاقرار بالمهر من توابع التجارة كما لو اقر انه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لانه فك الحجر عنه فيما هو من التجارة فالمهر من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للمأذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه كذلك وجوزه ابو يوسف في تزويج الاماء لانه تحصيل المال وهو المقصود بالاذن فكان كالاجارة ولهما ان الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن تحصيل المال لكن لا مطلقا بل بما هو يكون من صنع التجار والنكاح لانه ليس من ذلك وقوله ولهذا لا يملك تزويج العبد توضيح ليس برابح لان فيه تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وتشغل رقبته بالمهر بلا منفعة تقابله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي يعني انه عند ابي يوسف يملكون تزويج العبد الا انه

ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف رح قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبيل هذا في كتاب
المكاتب من هذا الكتاب بان عليهما يعني الاب والوصي ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك
في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب والمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب للمال لاستفادة المهر قال وما ذكر في الكتاب
اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض
المشايخ يحمل ما ذكر في المسئلة على روايتين قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للمأذون
ان يكاتب لانه ليس من التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالبدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك
الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فيتوقف
على الاجازة فيكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قال لان المولى قد ملكه لان كسب العبد
المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نائبا عنه
وترجع الحقوق وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل
في الكتابة سفير لكونها اعتاقا اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العقد من جهته وللقائل ان يقول ان
الوكيل سواء كان سفيرا ولا اذا عقد العقد لا يحتاج الى الاجازة وههنا ليس كذلك ويمكن ان يجاب
عنه بان اثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان او كثيرا
بطلت كتابته وان اجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام
الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه
درهم فالاعتاق اولى وهذا ان لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة
ويقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه
لو انشأ المعتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤديه كسب الحر
ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى في حال الرق فيتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض
وبغير عوض ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة
الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى ان اهداء غير
المأكولات لا يجوز اصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال التجارة
قال محمد بن سلمة ان كان مال التجارة مثلا عشرة الاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان
كان مال التجارة عشرة مثلا واتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيرا من مال الهدية لما كول كالضيافة
به والقياس ان لا يصح بشيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة واستجلاب
قلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع
او يسافر فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر قال وديونه متعلقة برقبته اذا وجبت ديون على
المأذون بالتجارة او بما هو في معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت برقبته
يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر رح والشافعي رح لا يباع لان غرض المولى من الاذن تحصيل الربح
لم يكن حاصلا لا تفويت ماله الحاصل وذلك لان غرض المولى حاصل في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء
منه من الدين يحصل للمولى وقوله بالرقبة معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيئا فلزمه دينه

او ابتداء

برقبته

برقبته يباع فيه فهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية
لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه يبيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن وبيانه ان
ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه في حق المولى
تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس قوله وهذا اشارة الى دفع الضرر
وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فيه واصل تحته واذا
كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى
حقوق الناس ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى وقوله وتعلق الدين برقبته استيفاء جواب
عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم العاملون
ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فيكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم
من ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرضا لانه يتضرر به المولى والضرر لا يكون
غرضا اجاب بقوله وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء
بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان ولم يكن فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب
عنه بان المراد بالمبيع قبض المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى اداؤها ان كان باقيا
ولا ضمانها اذا لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جائزا للامام من العبد المأذون
والظاهر ان الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد فيسلم وليس بواضح لانه
لا دليل على ظهوره ودلت على انه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل ان تركبه الديون دون غيره بل الواضح فيه ان
يقال ان المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في
معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في يده لا يخرجه عن المقابلة والظاهر ان يكون بمقدار ما
يؤدي من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد
بالعبد ولو لم يكن مساوية للقيمة كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه انه لو لم يكن مساوية لاختار اداء
الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب ابي حنيفة رح وهو مخصوص باذكار المعترض والثاني عام
لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون عندهما كما سيجيء قوله وتعلقه بالكسب جواب
عما يقال لما جعلتم انه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك انه لا تنافي بينهما فيبدأ بالكسب
في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان
يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجب اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور ولان
الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجب البيع الا بحضرته او بحضرة نائب بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى
حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل لما وجب البيع على قول ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل
بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير امر مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك
محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضاء الغرماء وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة
بالدين في جواز بيعها للقاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها
قبل ذلك بغير رضاء الغرماء قوله وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري رح ومعناه ظاهر قال

وقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا باع القاضي العبد فيقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق
الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل منهم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق
الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء
الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين مما وجب باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع
ثانيا كيلا يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في دينه ثانيا بدون اختياره امتنع
عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء او دفعا للضرر عن المشتري لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن
راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فانه لا يباع
عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات قوله ويتعلق دينه بكسبه
الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينزعه المولى منه يتعلق به الدين سواء كان حصل
قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى يخلف في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ
فكان كسبه غير منتزع ولم يتعلق بما انتزعه المولى منه قبل الدين لخلوص شرط الخلوص له وهو خلوصه من العبد
عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان يأخذ غلة مثله والغلة كما يحصل من بيع ارض وكرائها او اجرة
غلام او نحو ذلك ومعناه ان يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان يأخذ قبل
ذلك وما زاد على ذلك منه يعيده كان للغرماء ولا يأخذ اكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس ان لا يأخذ
اصلا فان اخذ شيئا رده لانه اخذ من كسبه وكسبه حق للغرماء ولكنا استحسنا قبل سلامة الغرماء فلم يكن
لان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن بسبب يصل اليه من الغلة فلو لم يكن من ذلك حجر عليه
فلا يحصل الكسب واما الزيادة فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها
ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده اما ان يكون شايعا او لا فان كان الاول لم يتحجر
حتى يظهر الحجر له ولاكثر اهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يصح به من تأخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق
بحقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين اقام البينة انه كان قد حجر عليه
فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد لا يقع على رجاء ذلك اي تعلق حقهم برقبته وكسبه ويبيعونه
الى ان يعلم الحجر لانه يتضرر حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل
اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان فكذلك وصار بعضهم حجة وان بايعه الذي
علم بحجره لان الاذن لا يتجزى الا يرى انه لا يتجزى ابتداء فكذا ابقاء ولو حجر بعد حجه من اهل سوقه الحجر
لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل
عليهم السلام وان كان الثاني بان لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه يتحجر لعدم الضرر والاضرار
ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب قد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى
قيام الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى او جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تفسيره
او لحق بدار الحرب تحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا
يقسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي
ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلا ينافي بقاءه اولى

لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب الذي يكون للمالك اخذه بان يكون
له بينة او يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه آبقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما
يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه من كسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به وانما لم يكن مانعا
في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب
متيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رح والصحيح انه لا يعود واستيلاد المأذون لها حجر عليها اذا
لم يصرح بخلافه وقال زفر رح ليس بحجر اعتبارا بالابتداء فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها
بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء حجرا لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده ولا
يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في
الابتداء ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لانه اتلف محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم
قوله واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما قيد بكونها اكثر من قيمتها ليظهر الفائدة
في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها وقوله ولا منافاة بين حكميهما اي حكم الاذن والتدبير لانه
بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق كان لا يوثق فكذا الحجر لا يؤثر في الحجر عليه [illegible]
واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز اذا حجر على العبد المأذون له فاقر بما في يده من المال لغيره اولا وهو جائز
عند ابي حنيفة رح قال المصنف رح ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره وانما قيد بذلك لان مطلق الاقرار
يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والمغصوب فبين ان المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضي بما في يده
للمقر له وقال ابو يوسف رح ومحمد رح لا يجوز اقراره لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد ولا شيء منهما
بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة [illegible]
بان الامة ان يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت
غير معتبرة كانت الوديعة كثوب القته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان
تأويلها اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم
يعلم بانه كسب العبد قوله وصار كما اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيان لابطال الحجر يده بمسائل متفق
عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يصح اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت
الحجر لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق
ولابي حنيفة رح ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده لزوال المصحح واليد
باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها
بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل ان يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او
عند صحته والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصلح اخذه في الدليل
والجواب ان مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح
بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام فيما
انتزعه من يده قبل الاقرار واما حكما فلان النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا يبطل يده باقراره لانه اقرار
بما ليس في يده اصلا وهو باطل قال المصنف رح ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى الخ اجوبة منها استشهد به من

اشارة م

المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله على احرفا الى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك يعني
به الاذن فانه يثبت للعبد بحكم انه ملكا للمولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن خصما توضيح لتبدل العبد
فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيما التسليم والتسلم والرد بعيب ونحو بعده كعبد آخر لم يباشر
فلولا تبدله لكان خصما لعقد وما المباشرة عند حنيفة **قال** واذا لزمته ديون اذا لزمته ديون فلا
يخلو اما ان يحيط بماله ورقبته او لا يحيط بشيء من ذلك او احاط بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد
فاشترى عبدا يساوي الفا والماذون ايضا يساوي الفا وعليه الفا درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة
درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده ولو عتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابي
حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل
علة لملك الفرع ولهذا يملك اعتاقها يعني الرقبة ووطي الامة الماذون لها وهذا اي المذكور من ملك الاعتاق وحل
الوطي آية كمال ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل
سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها يمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها الديون
فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك لخطر المورث باتصال الملك الى
اقرب الناس اليه ولهذا بعدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل
النظر في منعه اي منع ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الديون لانه فرض عليه والميراث صلة واذا
كان سبب الملك النظر وقد فات الملك ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فانما يثبت نظرا للعبد لا بمعنى
ذلك بعدم العتق حتى يقضي دينه واذا انعقد العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابي حنيفة
ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة
تعلق الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه يعني كما ان الدين المحيط بالتركة
يمنع ملك الوارث فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضعين لعدم
اهلية الملك في المال فالميت ليس باهل للمالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق
ينافيان ذلك بل منافاة الموت اظهر والمستغرق كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق
واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق
ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني يملك المولى كسبه وينفذ عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده
لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعلناه مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن
ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض
الشارحين عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز **قال** وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته
جاز اي اذا باع العبد المديون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين ويعلم منه انه اذا لم يكن عليه دين ويعلم منه انه لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع منه بنقصان
لم يجز مطلقا اي سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه يميل اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي
بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة قد تكون موجودة اجيب بانه موهوم حيث انه
لم ينشا عن دليل قوله بخلاف ما اذا باع المريض مروي بالواو وبغيره قال في النهاية وبهذا الاطلاق متعلق

بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز بهذا على تقدير الواو في قوله بخلاف والجنس يحتج
لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله
المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اي انه لا يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة
او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رح في كل حال من هذه الاحوال وبهذا الوجه
ولكن النسخة بالواو وتاباه قلت ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان الموهوم من قوله بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي جاز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج
الى الجواب والظاهر عدم الواو وبجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقريره كلامه هكذا وان
باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث
بمثل القيمة حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اي عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص
باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل
القيمة دون الوارث ثم نعيد ذلك بذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض
البيع وتخصيصها بهذا الحكم اختيار المص لقول بعض المشايخ رح قيل وفي الصحيح انه قول الكل لان المولى بسبيل
من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه
كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي قوله وعلى المذهبين اي مذهب ابي حنيفة ومذهب صاحبيه رضي الله عنهم
اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير فان مذهب ابي حنيفة رح اذا باع من مولاه
بنقصان يسيرا وكثيرا لا يجوز فلا تخيير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير
ان الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا اي الذي ذكرنا
من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة لان البيع
باليسير ههنا اي من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع فلحاق البيع عن الثمن في قدر المحاباة
واما البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي
لعدمها بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من العبد
الماذون له لا يجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه
فيتحقق ضرر الغرماء من غير ان يلزم ازالة المحاباة وهذان الفرقان بلفظ التثنية وفي بعض النسخ هذا الفرقان
وقال في النهاية ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة فالمراد بالفرقين
الفرق بين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرة
حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالازالة واما ابو حنيفة رح على رواية هذا الكتاب
فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي في
جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرنا في صدر الكلام **قال** وان
باع المولى شيئا كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقريره دليله لان
حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الجنس

سقط بالتسليم حق المولى سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو قرض بقاؤه حقهم بعد سقوطه لكان ذلك في الدين كيف
في مقابلة العين والمولى لا يستوجب على عبده حقا حتى لو اتلف شيئا له لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى
يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد فيجوز ان يكون عين ملكه في يد غيره كما لو اودع عند عبده
شيئا او غصبه منه وان امسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز لانه بايع وللبايع حق الحبس في
المبيع ولهذا كان هو احق من الغرماء فان قيل على هذا التقدير استوجب دينا في ذمة العبد حتى حبس
المبيع لاجله وهو لا يستوجب عليه قلنا انما اجاب بقوله وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق
بالعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى
استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البايع
ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه
بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء
كانت يسيرة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء وقال في النهاية هذا اختيار صاحب المبسوط
ولنا على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رح فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة رح
اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا اعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او الغصب
او جحود الوديعة او اتلاف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته بالغة ما بلغت اذا
كان الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان
الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب ازيد من مقدار ما اتلفه فبقي الباقي عليه كما كان ويطالب به بعد
العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكر
وهو واضح وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم
بدون اذن الغرماء والدين حال فان شاء الغرماء ضمنوا البايع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان
حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفاه اما البايع فبالبيع والتسليم
واما المشتري فبالقبض والتغييب فيتخير الغرماء في التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان
بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت
بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة
لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا اجازوا وكذا اذا
كان الثمن وفى بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البايع على ما يجيء وكذا اذا كان الدين على المأذون
مؤجلا الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل
ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوايد القيود المذكورة وقوله كما في المرهون
يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن
في الابتداء فان ضمنوا البايع قيمته ثم رد على المولى الى آخره معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا
رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاول وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد
والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء والجواب عن ذلك انه

حقهم ليس في ثمن البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء يختص في بيع التركة فافترقا قال ولو كان
المولى باعه من رجل واعلمه بالدين اذا قال المولى هذا العبد الذي ابيعه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب
الدين لتكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب الالتزام في حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء
والاستيفاء من رقبته وكلاهما محفوظ في المتن وفي كل منهما فايدة فالاول يعني الاستسعاء تام مؤخر والثاني
ناقص ان لم يف بديونهم معجل والبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه وقال المشايخ رحمهم الله تأويله
اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قيل في عبارته تسامح
لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع
لكن لا يفي الثمن بديونهم فبقي لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط
حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفايدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم
اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة
في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون
فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فهلا كان هنا مختارا لقضاء
الديون من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الرق
عليه واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان
كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله
انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل
على خلافه فان كان البايع غايبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال
ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده
ولهما انه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى يتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب
قال شيخ الاسلام رح وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا ولها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب
ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسئلة
قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة
لانه ان اخبر انه مأذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس
ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخباره انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني اخباره انه مأذون
في التجارة وهذا اقرار على المولى فاقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا يضيق
الامر على الناس توضيحه ان للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة
فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه مأذون له
في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله الا انه استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه
وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا يرى
انه اذا اذن للمدبر وام الولد فلحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وجاز ان يكون مأذونا ولا

ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله
في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد
فان حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله
الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى الا بالبينة

فصل لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي

اذ قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا
اذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا
بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكرنا في العبد وقال الشافعي رح لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه
نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم بقاء المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق
نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه ولكونه راضيا بتصرفه ثم ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر
عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه مولى عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق
والعتاق لا يصحان منه وان اذن له المولى بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لانهما لا يقامان
بالولي فيصحان منه قوله وكذا الوصية على اصلي يعني قلت بعضهم كصحتها اذا كانت في ابواب الخير واصله
ان كل تصرف لا يتحقق من الولي حقه صح تصرفه بنفسه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان
تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشراء فيتولاه المولى فلا ضرورة
ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله
تعالى احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب
والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون
المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن له الا ان
الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان اذن الولي
بذلك قوله والصبا سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو
عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير
لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما لو اذن للعبد المولى وقوله وبقاء ولايته
جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقاءه وليا بعد ذلك لامرين احدهما النظر
فان الصبا من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفائه المصلحة بطريقين اي
بمباشرة وليه او بمباشرة نفسه فكان مرحوما في حقه فوجب اعتباره والاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل
ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب عن
قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي على ثلثة اقسام نافع محض وضار محض ومترددة
بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يتوهم له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يتوهم له
اصلا والثالث كالبيع والشراء يتوهم له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل
الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فان احد المحتملين صحة التصرف في نفسه لصدوره

من اهله

من اهله في محله فان قيل اذا باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف
اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ليتنظم الاب والجد
عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد
ابو الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه ثم الوالي بخلاف صاحب الشرط يريد به امير البلدة كاميري بخارا فكان
الوالي اكبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط يريد قوله في الشرط ان يعقل قد تقدم
ذكره وقوله والتشبيه بالعبد المأذون له الخ كذلك لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان الحجر
محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين محيط بماله دون الولي واجيب بان ذلك من الحجر
المولى وعدم الحجر للولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه حرا يتعلق
بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا
ويصح اقراره بعد الاذن بما في يده من كسبه عينا كان او دينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر فكان كالبالغ
واورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك
باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها
وكذا يجوز وهو ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اقراره بذلك
لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة
في الموروث وجه الظاهر ان الحجر انفك عنه بالاذن فالتحق بالبالغ ولهذا نفذ ابو حنيفة رح
تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغ فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماله ولا
يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف رح ولا كتابته وان كان الولي والوصي يملكانها
لان الاذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة
المذكور بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه
والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه على ما بينا يعني قوله وذكر الولي في
الكتاب ليتنظم الاب والجد الخ وحكمه حكم الصبي اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب
في التجارة قال ابو بكر البلخي رح لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف رح ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة
لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة بالآخرة حتى ان اقرار المأذون له صح بمنزلة التجارة دون
غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر
الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون ملكا للغاصب فصار كالعبد
المأذون فانه غير مالك لرقبته ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد
المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا ان قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب
ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان
متقوما او غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على
وجه يزيل يده فقوله اخذ مال يشتمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن

الغاصب

بالحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب
عندنا وعند الشافعي رحمه الله اثبات يد العدوان عليه وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة
وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد
وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون
الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثره فعلم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم
وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال
ومن غصب شيئا له مثل المغصوب اما ان يكون قائما في يد الغاصب او لا والاول يجيء والثاني اما ان
يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه او لا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري
فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى
اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة
مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر فان الغاصب
فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام ان يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع
عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع ولابي يوسف رحمه الله انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته
يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله الخ كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول ابي يوسف ليثبت
الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم
الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة لمناسبات الا بتقديم قول ابي يوسف رحمه الله فان كان الثاني فعليه قيمته
يوم غصبه قال المص رحمه الله معناه اي معنى قوله لا مثل له العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معنى الشيء
الذي لا يضمن بمثله من جنسه لا ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة
مثل الدواب والثياب فانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر
بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وقيل انما
اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر
كالمصوغ من القمقم والطست وليس بواضح لان من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير
فانه لا مثل له فعليه القيمة فان كان الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمري ان تقديم هذا القسم كان انسب
فتأمل لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد اي على صاحب اليد ضمان ما اخذت اليد حتى ترد وقال
عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية
الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه ان لا يريد باخذه سرقته ولكن ادخال
الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى عليه او قاصد للعب وهو يريد به انه
يجد بذلك للتغيظ ولان اليد حق مقصود بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم لشراء في حقه
سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان مديونا فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم ان

اليد

اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا
ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر
ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك
في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها
صحة الكفالة مع ان الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد
غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكوة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح
هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع من رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير
الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء انما هو من قبيل
ان يوجد قول شبهة الوجوب في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في
التقرير وما قالوا وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد
تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكوة ما ذكرنا في مسئلة الابراء ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وقيل
اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان بعض وحبسه الحاكم مدة ولم يظهر قضى عليه ببدلها بالقيمة عليه من
الفقه او اقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي
امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في التيسير ان الغاصب اذا
غيب المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة
جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب كما ذكرنا
ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله اصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل نقل
النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباديجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر
كما في حوالة الباديجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر لان الغصب بحقيقته يتحقق في المنقول
دون غيره لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقارا
فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول ابي يوسف
الاول وان مضى رحمه الله لتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك فمن ضرورته زوال يد المالك
لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا
آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفتان فيتحقق الوصفان بمعنى
ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول وفي
تحقق الوصفين وجحود الوديعة في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق قيل
بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود متناقض
ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي رحمه الله للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد
الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك
وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي باخراج المالك عنها اي عن
العقار يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار وانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء

جزء فصار كما اذا بعدها المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وجه
الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر في المبسوط
والاصح انه يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح
ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك **قال** وما نقص منه بفعله وسكناه
ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي رحمهما الله
فظاهر واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه
فعل في العين قال المص رح ويدخل فيما قاله يعني القدوري ما اذا انهدم الدار بسكناه وعمله بان كان عمله
او القصارة فوهن جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت
الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف
في الغصب لا يضمن البائع للمالك شيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب
لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافا لمحمد رح وقيد بقوله ولا بينة له لانه اقرار البائع بالغصب في حق
المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب واما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار
ملكه ويأخذها عن المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا عن قول
بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهدا بها لانسان
وقضي له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم
ولا ضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد رح وعلى تقدير ان يكون قول الجميع فالفرق
بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقام البينة على الملك لنفسه
لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسئلتنا فالاتلاف لا يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز
المالك عن اثبات ملكه ببينته الا يرى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا له
وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كان تستأجر هذه الارض قبل استعمالها
وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح واذا
هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله لان العين
دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة يعني على رأي من يرى ان الموجب
الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا او تتقرر القيمة بذلك السبب يعني على رأي من يرى ان
الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب
ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب يعتبر قيمته يوم الغصب ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله
او بفعل غيره وان نقص المغصوب في يد الغاصب ولم يجبر نقصانه بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان
في بدنه مثل ان كانت جارية فاعورت او ناهدة الثديين فانكسر ثدياها او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا
فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه بالغصب وما فات منه جزء فيتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب
رد قيمته واما اذا انجبر نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصه

الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر رح فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما ان يكون الرد
في مكان الغصب اولا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير
المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب
بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر فقوله بخلاف تراجع السعر
متعلق بقوله فاذا تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف المبيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا نقص شيء من
قيمة المبيع في يد البائع لفوات وصف منه قبل ان يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئا النقصان حتى لا
يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بالف
فاعورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار
البيع وجب عليه تسليم تمام الماية كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به اما الغصب فيضمن الاوصاف
يضمن بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع اجزائها
وصفاتها فكانت مضمونة قال المص رح ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص ضمن غير الربوي

النقصان فيه

اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه
وضمنه مثله **قال** ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن غصب عبدا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولا
في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد
قيمته ونقصان ما صفو مما تعذر رده فيجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة
ومحمد رح وعند ابي يوسف رح لا يتصدق بها وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي
يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما
الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن وهذا القول بالموجب ان سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه
لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل
اصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستندا فانى يكون الخبث اجاب بقوله
والملك المستند ناقص يعني يكون ثابتا من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت فلا
ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث
لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول منه ولا يحنث بالاداء اليه بخلاف ما اذا
باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب ليس له ان يستعين
بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره اي غير الغلة بناوله
المذكور او الاجر او المال لانه محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى بذلك لانها مكتسبه
كان به خبث فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن وان
كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن كان محتاجا فلا شيء
عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله **قال** ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها
اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا

لابي يوسف رح وقد مرت الدلايل وجوابها في الوديعة اظهرت لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا واما كرد الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر اما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى بها اشارة الى ان التصدق للخبث انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها قال فخر الاسلام رح لان ظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه اربعة اوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكره في المبسوط ووجها آخر لا يطيب فيه ايضا وهو انه دفع الى البايع تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رح لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام رح قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال اي في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة فعنه يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لانه نقد منها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان يصير عينها عوضا فلا فثبت شبهة الخبث وان اشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فيكون شبهة الخبث ايضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يبيعه الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يبعه فلا يظهر الربح

فصل

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وقوله بفعل الغاصب احتراز عما تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله واعظم منافعها ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر انه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها وفيه اشارة الى ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب من فعل وقوله وهذا كله يعني زوال الملك للمالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن

موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب الاترى ان الربوا يجري بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي رح يضمنه لان من اصله تضمين النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه انه يزول ملكه عنه ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته وقوله وللشافعي رح يعطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا وتقريره ان بقاء العين المغصوب يوجب بقاء ملك المالك لانه الموجب الاصلي في الغصب والعين باقية ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت فان الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل هذا تعليل فاسد لانه تعليل في صورة النزاع بفعل الغاصب دون المستشهد به اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل اصلا وهو صادق صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها اي جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود ولم يكن سببا للملك لكونه محظورا ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان في الذات احق منه في الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه وقوله ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره ان علة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم اذ يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيما بعد التأديب ولا يقال شاة مأدوبة بل يقال لحم مأدوب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد بقي اسم الشاة فيها مع ترجح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم والسلخ والتأديب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعد لانه لم يبق ما هو المتعلق بالحكم كما كان فلم يكن لصاحبه ان يأخذها قوله وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة حصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار لما يجيء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله لا يحل له ظاهر وقوله ووجهه اي وجه القياس ان ثبوت الملك مطلق للتصرف يعني ان الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه حق المالك بالدلايل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وهو حديث رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه فقال انها تخبرني انها ذبحت

بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت اعز منها لم ينفس علي بها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال
عليه السلام اطعموها الاسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فامر بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب
قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر النبي عليه السلام
بالتصدق فهذا دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء قوله فلان في اباحة الانتفاع دليل معقول
وهو ظاهر وقوله ونفاذ بيعه جواب عن قوله وهذا وجه وتقريره ان نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم
الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله او ضمنه
الحاكم اذا كان غائبا او اليتيم وقوله بخلاف ما تقدم اشارة الى قوله لكن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او
طحنها او حديدا فاتخذه سيفا وقوله والاصل ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن
غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان قال وان غصب ذهبا او فضة اذا غصب فضة
او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك صاحبها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فيأخذها صاحبها ولا شيء للغاصب وقالا
يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير احداثها حق المالك هالكا من وجه الا يرى
كسرها وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راسا للمال في المضاربات والشركات وبعد صيرورته
صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا او فضة وذهبا وبعده
دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة رحمه الله ان العين باقية من كل وجه الا يرى
ان الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب
الزكوة كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك قوله وصلاحيته لرأس المال جواب عن قولهما والتبر لا
يصلح الخ وتقريره ان الصلاحية امر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لانه يملك العين باخر وجه
وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه انه غير متقومة في جميع الاحوال
لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما يتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته
من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثلها
وزنا كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلرعاية حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا يضمن
قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه مال الربوا
فتبين ان ما له قيمة الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة
متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة
لان الساحة بالحاء سيأتي بعد هذا فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر الكرخي
ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك
مالكها وسيظهر لك وجه ذلك اذ نا نلتمس له وجها آخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله يأخذها والوجه من الجانبين
قدمناه يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ ووجه آخر لنا فيه اي
تعليل هذه المسئلة اي فيما ذهب اليه الشافعي رحمه الله ان الغاصب ينقض بناءه الحاصل من غير خلف وضرر المالك
فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب
في سفينته والسفينة في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع اللوح منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا

كانت واقفة كان له ان ينزع عنه فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنه من حيث
انه فيه تلف النفس لا لان الغاصب ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل
واحد منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لانه بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكان الاستشهاد في
ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء واما اذا
بنى على الساجة ينقض لانه متعد فيه قال المصنف رحمه الله وجواب الكتاب يعني قوله فبنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل
لانه تغير عما كان عليه لان الساجة قبل البناء عليها يصلح للاحراق تحت القدور والابواب الدور وغيرها ولكنه بعد
لا يصلح لشيء من ذلك الا بالنقض والنقض يوجب انقطاع حق المالك قال ومن ذبح شاة غيره ومن
ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا
الجزور وهو ما اعد للنحر من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب له ان يستحق
اجر المثل لجزارته على المالك لانه تحقق مقصوده فيها فكان ذلك زيادة فيها لا نقصانا حيث اعد للجزر فهو
مطلوب منه للدر والنسل وذلك لانه نفى ان المجبوب من الحيوان نقصانا فكان للمالك الخيار لاحتمال
ان يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع
يدها اي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمنه شيئا
يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره انه اتلاف من وجه
باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب
على ما سيجيء ولكنه لا يتم الجزور بظاهره ولكنه يعم من فرق لفوت بعض الاغراض اذا لم يجعل البيان مختصا بما
ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان
يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم مأكول
ايضا كذلك لانه عطف على قوله وكذا اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه
نقصانها فدل على انهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والا فالظاهر
وجوب تضمين القيمة بلا اختيار فيهما يعني في مأكول اللحم وغير مأكول اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره تقييده لكن
الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثاني
ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكول حيث قال في الاول انه اتلاف من
وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين
امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة
والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمهما الله رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فلا له ان يمسك
ويأخذ النقصان قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك متعلق بقوله للمالك ان يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق
بين الآدمي وغيره ان الآدمي بقطع طرفه لا يبقى منتفعا به من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك
لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال ومن خرق ثوب غيره اختلف الشارحون
في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما
دونه فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير والحق

الفدوري الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه ان لا يبقى للباقي منفعة الثياب بان لا يصلح الثوب
ما قال المصنف والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين قيل يعني من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر
ان الثوب اذا قطع تفوت شيء من اجزائه وجنس المنفعة ان لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه
واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما
كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا
وقطعه قميصا ولم يخطه فلمالكه ان ياخذ ثوبه ويضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب
ولا شك ان الفائت به بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء
واشباه والساقط من القيمة اقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد فاحشا فاذا عرف هذا في خرق في ثوب
خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا
فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فان قبل القطع كان صالحا
لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان
لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه
جميع القيمة او الى جانب البقاء واخذ العين وضمن النقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة
الى ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس **قال** ومن غصب ارضا
كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي الامام ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر
في بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساجة اقل من قيمة البناء فليس له ان ياخذها وان كانت قيمة
قالوا هذا اقرب من مسائل حفظت عن محمد بحيث قال في لؤلؤة سقطت فابتلعها دجاجة
انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شاء اخذ
الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذلك اذا ادخل
قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر اخراجه ينظر ايهما كان اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى
صاحبه ويملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف ايهما شاء ولذا شا الغير ذكر وقوله عليه السلام ليس
لعرق ظالم حق صححه المغرب بتنوين عرق اي ليس لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على
وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة
ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله تقوم الارض الى آخره يعني قيمة الارض بدون الشجر عشرة
دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فتسلم الارض
والشجر لصاحب الارض وكذا البناء قوله ومن غصب ثوبا الخ ظاهر وقوله اعتبارا بفصل الساجة يعني كما ان
فصل الساجة يؤمر بالقلع اذا لم تتضرر الارض به فكذلك هاهنا لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله
ولنا ما بينا يعني في مسئلة الساجة بالجيم ووجه آخر لنا وقوله والخيرة لصاحب الثوب جواب عما يقال لم
لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء سلم الثوب الى المالك وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب
ابيض وبيانه ان تخير كل منهما مستعد لجواز وقوع التنافي بينهما وتخير المالك اولى لان الثوب اصل والصبغ
صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال ابو عصمة المروذي في اصل

صاحب

المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر واحترز بهذا القيد عن ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة مقيد
بالمذكور من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من ابي عصمة في اصل المسئلة فقيل بحكم
تصحيحا للنقل وقد ظهر بما ذكرنا في مسئلة الصبغ والانصباغ الوجه يعني جواب المسئلة وتعليلها في السويق من
حيث الخلط والاختلاط بغير فعل غيران السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن
قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه اي من القيمة المثل
سماه به اي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير فيه وبه تأويل ما يقوم
قوله فعن محمد انه ينظر الى آخره معناه ان ينظر الى الثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا ياخذ ثوبه
وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب بخمسة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة
بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذه رواية هشام عن محمد **فصل**
لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عينا
فغيبها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب
ملكها عندنا خلافا للشافعي هو قال الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا او
غيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني رقبة ويدا وكل من ملك
بدل شيء يخرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخوله ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط ان
يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب الا
ان يكون تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي ابي زيد فانه قال في الاسرار قال علماؤنا رحمهم الله
الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي قال شمس الائمة في المبسوط وهذا وهم
فان الملك لا يثبت عندنا اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب
هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم
بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب
عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح ان يكون العدوان
المحض سببا له فانه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافته مثله الى الشرع وقيل
نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت
به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله ثم قد ينفسخ التدبير بالقضاء جواب
عما يقال لا نسلم ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير
وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فكان البيع معاذا
للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفة القن بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه **قال**
والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه الا
ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان
عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعوى
لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا الاثبات فلا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين

والملك

كالمودع اذا ادعى ردّ الوديعة فالقول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول
هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ رحمهم الله من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان
المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها واندفع الخصومة واما الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة
وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع وكان المعنى به اختار قول من قال ذكر ادعا
المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل
انه غصبه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة
الحلواني ينبغي ان يحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها
وانما كان ذلك صحيحا لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتأتى
من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم باوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر
ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى
يجيء به وعلى هذا لا يحتاج الى تاويل ابي بكر الاعمش وهو قال تاويلها ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك
فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المقصود لان المقصود اثبات الملك للمدعي في المغصوب
والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون مما ضمن بعد تمام الرضا
اولا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار
للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني
كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه
لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذه القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا
فكانت كالمسئلة الاولى اجاب بقوله واخذ دونها اي اخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام
الرضا لانه انما اخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعوى
تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير يعني ما اذا ضمنه
بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب اي هو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين
ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في استرداده لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وجه ظاهر
الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط
الخيار **قال** ومن غصب عبدا فباعه ثم ضمن المالك قيمته فقد جاز بيعه
وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة
اجتماع البدل والمبدل في شخص واحد ولهذا يظهر في الاكتساب دون الاولاد على ما نذكر والناقص يكفي
لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيده باعتاق
الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فانه فيه روايتين في رواية
يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي قال
وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا يضمن الا بالتعدي
او بالجحود عند طلب المالك والاكتساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من اجزائه في شيء حتى لا يضمن بالتعدي

لانها عوض من منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة
متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة
فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام
وان لم يكن هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه
اول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى
يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه و
كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار
واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا
ذلك لكن لا ازالة ثم ظاهر المراد الطالب بعدم المنع منه الطالب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا بالضمان
كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد
البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك
بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة والصفة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية
والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان
وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان اثباتا
نقضها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن ولم يزل يد المالك بل انما ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع
القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا ولم يغصب واذا منع الولد يضمن الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاولاد
بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب
على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك
لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا قوله وفي الظبية
المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك ان القياس غير صحيح لانه ان مات
عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان مات عليها بعد
التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا اعتبار ان الام مضمونة
وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا فاذا اطلق يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك
قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جناية اي اتلاف لان صيد الحرم في نواحيه كان آمنا في الحرم صيدا
وذلك في بعده من ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا
يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد من الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج
ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية
التي هي الاخراج من الحرم قوله ويجب يعني الضمان بالاعانة والاشارة بالنص فلان يجب بما هو فوقها
وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى **قال** وما نقصت الجارية بالولادة في يد الغاصب
فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة التي
ثبتت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها

فيكون مضمونا عليه كما لو فات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد يصلح ان
يكون جابرا لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد
لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة
وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها الى الحرم
وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه
آخر او قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم اخرى مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه
الحرفة فاضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما
زاد من القيمة فيه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي
حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء وعند ذلك
لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان
كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب
حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا
لان الفوات الى خلف كلا فوات فصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم
نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها وادى مع العبد يحسب عن نقصان القطع ولم يعتبر
النقصان لكونه الى خلف قوله وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان نقصان الظبية
بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذلك لا نسلم ان الام اذا ماتت فقيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء
وهذا المنع على ظاهر الرواية واما تخريجها على الظاهر فهو ان كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا
ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا وذكر ابو حنيفة
في رواية اخرى وهو انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة
لا توجب الموت والنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين ولو ردت عين الجارية
كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد جواب عن قولهما
كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه ان كلامنا فيما اذا رد الام يكون له اعتبار في الشرع وما ورد ذلك
من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور بعد
المستشهد بها واصل نكتة الخصم وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا لنقصان وقع في
ملكه فهو على حاله اجيب بان المصنف اشار الى الجواب بقوله لا يعد نقصانا ان لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه
توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاع نقصان
الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد اجيب بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل وانما هو
بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي ملك المولى فان قيل الولد عين مضمونة
فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف من عدم عده نقصانا لا يحتاج اليه وهذا
الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در المصنف ما الطف ذهنه جزاه الله عن المخلصين
خيرا قال ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله

في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما ردها وانما قيد المصنف بقوله
ولم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في بعض النسخ تقديم الحبل على الرد ليبان ان الحبل كان موجودا
وقت الرد قالا لان الرد قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق وصحة الرد توجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم
صحته حيث هلكت بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك بعده بسبب اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب
البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم حدث في يد المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك
بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يد الغاصب فردها
فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عند المشتري
وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولابي
حنيفة رحمه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها
وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك
او دفعت بها بان كانت الجناية خطاء فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها
رجل بكرهه فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا تضمن فلا يبقى ضمان
الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى قوله وفي فصل الشراء جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت
عند البائع بطريق الفرق وهو ان في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم اي تسليم المبيع
على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرناه من
وجوب الرد على الوجه الذي اخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان مثل ما لم يوجد بشرط على ان
بشرط وهو قبول لابد فيه قبل وتحقيقه ان الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا يدخل في الشراء
ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا
يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده واما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت
في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا
فاسدا واما اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون
بسبب زيادة كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب
بالشك قوله والزنا سبب جواب عن قولهما او زنت في يد الغاصب وتقريره ان الزنا الذي وجد
في يد الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان فيه
ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه منافع الغصب
غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة باجر المثل ولا فرق
في المذهبين بين التعطيل والاستعمال ويسمى الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عنده لو
الوجود عنده وفصل مالك وقال ان سكنها فكما قال ان عليه وان عطلها فكما قال ابو حنيفة رحمه الله
المنافع اموال متقومة لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيها الشح والضنة وتضمن بالعقود صحيحة
كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كالورود على الميتة

ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اي بضمه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك
لانها اعراض لا تبقى وما حدث في امكان الرجل هو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته
الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على
ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها
لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان والمعرض بما اذا اتلف
ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة
وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا
لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة
هي ما يكون بين باق وباق لا بين باق وما ابقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع على انها معتبرة بين جوهر
لا بين جوهر وعرض الا بيعا بقوم الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلى دون الآخر وعن
الثاني بما ذكرنا ان شرى الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على ان القرب
الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت هذه المآخذ اي العلل التي هي مناط الحكم
او ما ذكرنا اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا
بقوله ولانها لا تماثل الاعيان الخ في المختلف يعني في مختلف ابي الليث وقوله ولا نسلم انها متقومة جواب عن
قول الخصم اموال متقومة وتقريره انا لا نسلم انها متقومة لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز
فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في التنازع
فيه الا اني لكن ما ينتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل

في غصب ما لا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة
بين غصب ما لا يتقوم باعتبار مرتبة ان يصير متقوما اما باعتبار ان ديانة المغصوب منه تقومه او يتغير في نفسه
الى التقوم **قال** وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره هذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر
المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولا ضمان على المتلف في
الاولين بالاجماع واما في الاخريين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باع
الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي
لانهم اتباع لنا في الاحكام قال عليه السلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين واذا سقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق
في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا
تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور قالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها
فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم
بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لا نجادلهم على الترك والسيف موضوع يعني لا يجبرون على
الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وقد تعذر الالزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي
فقد وجد اتلاف المملوك المتقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا اتلف المجوسي على [illegible]

احدهما امرأة فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب
توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون
واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم
جواب المقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتمولهما الا انه يجب
قيمة الخمر وان كانت مثلية وتذكيرها في الكتاب بتأويل الشراب او المذكور ولان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه
اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين من تمليكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جاز التمليك
والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها ونسلم قوله وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله
لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى آخره
لانسان في ما هو من العطف وقوله لانه مستثنى من عقودهم يعني بعدم الجواز لقوله عليه السلام الا من اربى
فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لانه تدين لثبوت حرمة الربوا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا
وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذمي ان
العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله ووجه الجواب انا ما ضمنا ترك
التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اي في ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه
واستشكل هذا بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض الاستخفاف بالدين
واجيب بان ذلك كفر اصلي والضمان فيه متفرع على ذلك بخلاف الارتداد وقوله بخلاف متروك التسمية
يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب
علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وح يجب ان نقول بوجوب
الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قال
ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوا
ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال عليها
مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عليه السلام اتركوهم وما
يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين **قال** فان غصب من مسلم خمرا
فخللها او غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فكل منها على وجهين لان التخليل والدباغ
اما ان يكون بخلط شيء ذي قيمة اولا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغ [illegible]
والتتريب وهو ذر التراب والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين اولا فان كانا باقيين اخذ
المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ
والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق
بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو نير وان لم يكونا باقيين وان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن
الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا ضمان
عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى الدليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ان
ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب

الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه وقوله اما الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد
فلما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه قال القدوري رحمه الله اذا غصب الجلد من منزله فاما اذا
القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل ودبغه فليس للمالك ان يأخذه وعن ابي يوسف ان له ان يأخذه في
هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد
الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان
نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه قوله ولانه واجب الرد دليل آخر
وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن
بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام
رحمه الله في شروح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني ان
القاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ
اما اذا قومها بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في
الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفة رحمه الله انه لا نسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة
الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ
فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة
غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان
هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في
الهلاك والاستهلاك قوله بخلاف وجوب الرد جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد
حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما وهي
ان الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه
اصل لا تابع فوجب رده ويتبعه الصنعة وقوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب
ثوبا وانما الذكي استشهادا لان التقوم فيهما اي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم
يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولو كان الجلد قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا
الوجه اي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بلا خلاف لان الجلد لا قيمة
له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا
تركه دليل ان في المسئلة خلافا لا دليل المخالفين ووجه ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه
عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو اي الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه
نظر لان العجز في الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا
يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية
الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد ذكي مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك
وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بما له قيمة وظل بغير خطه واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب
والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملكه ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته

في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن
بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكرنا وجه القولين
في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله صار الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير الى ان ثمه
قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ
نشير اليها قوله وهو على ما قيل وقيل ابو بكر وقيل اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما
ذكره بقوله ولو كان قائما فاراد المالك الى ان قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وقوله وهو على اصله ليس باستهلاك اي اصل محمد فان اصله وهو قول ابي يوسف رحمه الله ايضا ان خلط الشيء
بجنسه ليس باستهلاك عندهما وكان الخل مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن
خلا مثل خل المغصوب منه وقوله هو للغاصب في الوجهين يعني ما اذا صارت خلا من ساعته او بعد زمان
وقوله اجرا جواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ومعناه
ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها
لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا قال في
الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله
اهراق له سكرا اي صب يقال فيه اهراق يهريق بتحريك الهاء واهراق يهريق بتحريكها بسكونها والهاء في
الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح كتاب
الشفعة وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها
عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة اسبابه من الاستحقاق في
البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك
المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشترى
الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة او جوار
قال والشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي الشريك ثم
للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المص رحمه الله افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة
لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب والدليل على الاول ما ذكره من رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة
لشريك لم يقاسم اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة
اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فلا شفعة وقوله عليه السلام
جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار الشريك
في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفعته
مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه قيل معناه احق بعرضها عليه للبيع الا انه
فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا واجيب بانه عليه السلام جعله احق به على الاطلاق قبل البيع وبعده
وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وقوله عليه السلام الجار احق

بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة
للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعي رح لا شفعة للجار لقوله عليه السلام
الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم
والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله ولان حق الشفعة دليل له معقول وتقريره
ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان القياس ان لا يثبت
حق الشفعة اصلا لكن لما ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا اصلا ولا دلالة اذ لم يكن في
معناه من كل وجه وهذا اي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع
مؤنة القسمة التي يلزمه وقوله في الاصل اي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم وغيرهم من جعل لا
ان مؤنة ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبئر
والحمام ولنا ما رويناه من الاحاديث من قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث
حسن صحيح وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه رواه البخاري وابو داود ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل
اتصال تأبيد وقرار وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأبيدا احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله
وقرارا احتراز عن المشترى شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقض رفعا للفساد وكل ما هو كذلك
فلحق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا
اي الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه
اذ الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التأبيد والقرار انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الدخيل
اذ الجوار مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع
على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتملك الاصيل يعني الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاج
عن خطة آبائه اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من الرفع
قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة يلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة
عند البيع لدفع مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه
مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة
امر مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله
بالحديث لانه في حيز التعارض وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء
بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه السلام
علق عدم الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما اشكل انه
هل يستحق بها الشفعة اولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها والدليل على الثاني في
على الترتيب قوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال المصنف فالشريك في نفس
المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب ظاهرة فيه وهو حجة على الشافعي
ولان الاتصال الدليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة يعني قد ذكرنا ان دفع ضرر
مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة الاستحقاق يصلح مرجحا لان الترجيح ابدا انما يقع بما لا

يكون

يكون علة للاستحقاق **قال** وليس للشريك في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت ان الثاني
ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية فان سلم فللمتأخر ان يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق
الكل الا ان للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه
الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وابو يوسف رح في غير الظاهر جعل
المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل
معين من الدار مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو
مقدم على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رح لان اتصاله اقوى لان المنزل من حقوق الدار
ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة اذ الموضع الذي هو
مشترك بين البايع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية
الاخرى انه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة
وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة لذلك والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس
فيها شجر ولا شائب بيع كذا في المغرب وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحال على ما ذكره في كتاب
القضاء وهو قوله لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح
الباب متلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا
وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يؤخذ منه نهر
اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة
الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض
متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة من السكة
المستطيلة العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي
الشركة في العقار **قال** واذا اجتمع شفعاء اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤوسهم خلافا
للشافعي رح فاذا كان دار بين ثلثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه
وطلب الشريكان الشفعة قضى بذلك بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رح اثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة
من مرافق الملك لانها تكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقسوم بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة
ولنا انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة
وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ولا يثبت الحكم بقدره
فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فلا تساوي اجاب بقوله
وكثرة الاتصال تضاهي علة لا يثبت الحكم بتعدد دليله فان قيل الاصالة تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال
بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل
لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى في مقابلتها حيث يستحق بها صاحب القليل ولو كان مرجحا لما استحق
شيئا لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد
فيجوز ان يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير نقص نصيبه كالابن

فاذن يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقاً ليست كذلك
ذلك او التي لم يجتمع ذلك من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين
والهيئة الاجتماعية منهما لا يستلزم زيادة والالزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح الا ترى ان الشاهدين
والاربعة سواء ولم يستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع
في الابن علتان انضمت احديهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في معونة
يحصل الارث مع كذلك من حيث انهما اثنان وتملك ملكه غير جواب عن جعل الشفعة من ثمرات الملك يعني
ان التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك
من ثمرات ملكه قوله ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما
ان يكون قبل القضاء له بحقه او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون الانصباء
كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم
ولو كان البعض غايباً يقضى بها بين الحاضرين على عددهم لان الغايب لعله لا يطلب يعني قد
يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها
يقضى له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقاً للتسوية وان كان بعد القضاء
له بحقه فليس للآخران يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه
من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضياً له فيها ولا فرق في هذا
بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم الحاضر بعد ما
قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف وهو مسئلة الكتاب لان قضاء القاضي يكون بعضهم
بالكل للحاضر قطع حق الغايب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة تجب بعقد
البيع قال في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع وهو توهم ان الباء للسببية فيكون سببها العقد
وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق
وهو الاتصال وهو قول عامة المشايخ نعم لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء
المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البايع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك
في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك ورد بانه لو كان الاتصال السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجود
بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط
ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء
الزكوة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط الوجوب والكلام
وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد قوله والوجه فيه اي في هذا
التأويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار ورغبته عنه امر خفي لا يطلع عليه فله دليل
ظاهر يعرف وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع
والبيع دليل قائم مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البايع به صح وان يأخذه
وان كذبه المشتري ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس

للشفيع النقد

الشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد والبقاء الخيار للبايع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع
ملكه عنه بالكلية فيعمل به كما ذكرنا والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع
عنه حقه بالكلية **قال** وتستقر بالاشهاد للشفعة احوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط
البيع كما تقدم وهو استقرار وهو بالاشهاد وهو بعد الطلب ولا بد من طلب المواثبة اي من طلب الشفعة
المسارعة اضاف الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه اي لان الشفعة ذكر الضمير نظراً الى الخبر حق ضعيف يبطل
بالاعراض قال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبتت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو
كذلك لا بد من دليل يدل على انه اعرض عنه او عام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما لانه
يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري
او بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله ونظيره اي نظير هذا اي توقف الملك في الدار المشفوعة بين
الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصورة الاولى يعني اذا مات الشفيع
لانه لم يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت
الحكم وقوله في الثالثة يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها
وقوله ثم لا تجب بعقد البيع يعني قبل القضاء وهو باب طلب
الشفعة والخصومة فيها لما اثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه
قال واذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ تنبه عليها طلب
المواثبة سمي به تبركاً بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة وقوله ويبطلها
بطلبها كاملاً من غير توقف سواء كان عنده انسان او لم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب
لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى
الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن طلب الشفعة
والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل
له قد بيع ارض بجنب ارضك فقال الشفعة شفعة كان ذلك طلباً صحيحاً ومن المتأخرين من قال اذا قال الشفيع
طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعته لان كلامه كان كذباً في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل
لانه انشاء عرفاً ومنهم من قال لو قال الطلب واخذ بطل لانه عرض محض والمختار ما ذكره المص وقوله
واصل الاختلاف في هذا الوكيل وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو
فصول كتاب ادب القاضي وأباد باحوالة المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي
لم يهاجر وقوله بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده اي عند ابي حنيفة يعني ان المرأة اذا اخبرت بان
زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلاً كان المخبر او غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق
والا فلا لما ذكر انه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احد شطري الشهادة وقوله او على المبتاع يعني المشتري
او عند العقار وقال شيخ الاسلام ان الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم
يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبايع والدار واما اذا سمع
الشراء بحضرة احد هؤلاء فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك

الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم يبطل استحسانا لان نواحي
المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في مصر والآخران في مصر آخر او في رستاق هذا المصر ترك الاقرب
الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم فائدة هذا الطلب مقيدة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة احد
هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته قوله ولا تسقط بتاخير هذا الطلب يريد به الطلب الثالث
وهو طلب الخصومة واما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا على انه اذا ترك من مرض او حبس
او غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا يبطل شفعته وان طالت المدة قوله وما ذكر من القصد
جواب عن قول محمد رح يعني ان الشفيع اذا كان غائبا لم يبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا
فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر ولكن لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر ونقل
في النهاية عن الذخيرة ان الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له
من الاجل على قدر المسير الى المشتري او البائع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل و
قدر المسير الى احد هذه الاشياء قبل ان يطلب هذا الطلب او ان يبعث من يطلب فلا شفعة له قال
واذا تقدم الشفيع الى القاضي هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر قوله لاختلاف
اسبابها فانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب لعله بل هو محجوب بغيره اولا وربما ظن ما ليس بسبب
كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان قوله ثم دعواه
قيل لم يتم بعد بل لا بد وان يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع او لا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى
على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين
اخبرت ليعلم ان المدة طالت او لا فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا طالت المدة فالقاضي
لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المص رح لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة رح في عدم
البطلان بالتاخير وقيل ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت واخبرت من
غير لبث يسأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير يسأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب
اليه من غيره فان قال نعم فقد تم دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملك الذي يشفع به والا كلفه
اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل يحتمل ان يكون يده يد ملك او اجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق
فان اقام فقد تم دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي
ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد
غيره فان نكل ثبتت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان اقر فذاك
وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها استحلف المشتري على انه ما اشتراه
وما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكر فههنا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه
يريد بما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال ويجوز المنازعة في الشفعة
ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه
احضار الثمن قال المص رح وهذا ظاهر رواية الاصل ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل
هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار

حتى

حتى يستوفي الثمن منه او من ورثته ان مات وعن محمد رح انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري
والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع ان البائع انما ازال المبيع من ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد
اثر بنفسه عن اختيار فلا يشتغل بابطال ملك المشتري وانما يشتغل باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري
ههنا فلا يزيل ملكه بنفسه عن اختيار ليقال لا ضرر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملكه عليه كرها دفعا
للضرر عن نفسه فانه لا يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري
بابطال الشفعة انما هو بدفع الثمن ووجه ظاهر الرواية انه لا ثمن عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه
وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة واذا قضي له بالدار
فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رح لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه
الثمن فيحبسه فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا يبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة
عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه
في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة لانه معتبرة كيد المالك ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فانه لا
خصم من ادعى عليه الا ان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي
بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى اما كونه خصما فقد بيناه واما كون
المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في احديهما مع البائع وتفرد
بالاخرى اما ما اشترك فيه فهو ما ذكره بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما
للشفيع عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فان حضور
البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق له ملك ولا يد واما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله وهو
ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع يوهم
العود على موضوعه بالنقض في المسألة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتهائها
لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور انه ينفسخ في حق الاضافة لان
قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء
وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنها تبقى اصل
البيع يعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه
فانه لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيحصل البقاء بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه
المشتري من البائع وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر
لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي يندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى
غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد
جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك
كما سيأتي وكما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على ان البائع بريء من كل

عيب بها لكن لذلك والجواب ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما الخيار في حق
المشتري بفوات وصف يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع
موجبة للسلامة نظرا الى الاصل قوله فلهذا اي فلتحول الصفقة اليه يرجع بالعهدة على البايع لانه
بايع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذ الشفيع
من يده حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم
المشتري اذا كان وكيلا فاما ان سلم المبيع الى موكله قبل الخصومة او لا فان كان الثاني فهو الخصم
للشفيع لانه هو العاقد والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة من حقوقه وان كان
وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل لانه
يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البايع الى المشتري ولو سلم الى المشتري
كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبايع من الموكل لكان حضور الوكيل
والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك في البايع
والمشتري على ما تقدم اجاب المصنف رحمه الله بقوله الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل لكونه نائبا عنه فيكتفى
بحضوره والبايع ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره قوله وكذلك اذا كان البايع وكيلا
ظاهر قوله وكذا اذا كان البايع وصيا يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا قيد
بقوله فيما يجوز بيعه احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة
صغارا فان الوصي يبيع التركة اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم
قوله واذا قضى للشفيع بالدار الى آخره ظاهر وقد ذكرناه ايضا

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف
بينهما فيه قال واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة
البايع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار بالاقل
من الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخير الشفيع بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما
في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري ولانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه
عند نقد الاقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لا يرد ثمة نص ولا هو في معنى المنصوص
عليه من كل وجه وان اقاما البينة فبينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
هو للمشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البايع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وقد اقاما
البينة فانها للبايع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة
المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فانها للمشتري لما في
ذلك كله من اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة
بالف واخرى بالفين على ما شهد عليه البينتان وفسخ احدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد
حقه فجاز ان يجعلا موجودين في حقه وله ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه
لا توالي بينهما عقدان الا بانفساخ الاول فلا يجمع بينهما فيحكم فيصار الى اكثرهما اثباتا لان المصير

الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري فلا يكون توالي العقدين
بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى عن ابن سماعة عن محمد رحمه الله ان البينة بينة
الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران اي بحسب ما يوجب البينتان فكان للموكل ان يأخذ بايهما شاء واما المشتري
من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف رحمه الله ولئن سلمنا ان البينة
للمشتري فذاك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني هناك الا بفسخ الاول وهذه طريقة
ابي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة حكاها محمد رحمه الله واخذ بها قوله ولان بينة الشفيع ملزمة لانها اذا قبلت وجب
على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء او ابى والملزم منها اولى لانها وضعت للالزام
وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين ان يأخذ او يترك وغير
الملزم منها في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة اخرى حكاها ابو يوسف رحمه الله ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت
التفرقة بينها وبين بينة البايع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحدة منها ملزمة فلهذا صرنا الى
الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو لانها غير ملزمة
قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه اذا اختلف البايع والمشتري في الثمن
فاما ان يكون مقبوضا او غير مقبوض او يكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير
مقبوض فاما ان يدعي البايع اقل او اكثر فان كان اقل اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا
عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولان الملك وجه آخر وانما كان التملك على البايع بايجابه
لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء الا يرى انه لو اقر بالبيع وانكره المشتري يثبت له حق الاخذ واذا
كان كذلك كان القول قوله وان كان اكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وايهما نكل ظهر
ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف ويأخذ
الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي
نصب ناظرا للمسلمين لا لابطال حقوقهم وان كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت
الى قول البايع لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البايع بالقبض او لا
فان كان الثاني فلم يذكره في الكتاب والظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض فان كان الاول فلا يخلو
ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقر او لا بمقدار الثمن ثم بالقبض
او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منك بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البايع
اي بالالف لانه اذا بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت
الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره من الثمن لانه اذا تحقق ذلك لم يبق اجنبيا من العقد اذ لا
ملك له ولا يد فوجب ان يأخذها بما يدعيه المشتري لما تقدم آنفا ان الثمن اذا كان مقبوضا اخذ بما
قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن
وهو الف لم يلتفت الى قوله ويأخذها بما قال المشتري لانه بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار
اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ان المبيع اذا كان
في يد البايع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البايع فيرجع الى قوله

وهذا ظاهر لانه لم يصر اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا **فصل فيما يوخذ به المشفوع**
لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يوجد به المشفوع وهو الثمن
الذي يرد به الشفيع لان الثمن تابع **قال** واذا حط البائع عن المشتري حط بعض الثمن او زاده
فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة ليس في التزام الزيادة ابطال الحق مستحق بخلاف
الشفعة فان في الزيادة ابطال حق ثبت للشفيع باقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكره في الكتاب ان
البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك من الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شيء
لان حط البعض ملتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما ياخذ بالثمن والثمن ما بقي واذا حط
بعد رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد
عن موضوعه وقد بيناه في البيوع في فصل قبيل الربوا وباقي كلامه ظاهر قوله ومن اشترى دارا بعرض اي
متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم وان اشتراها
بمكيل او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك
على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان مثليا صورة تملكه به والا فالممكن من حيث المالية
وهو القيمة وقوله بالقدر الممكن يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة
وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان ياخذ منها بيتا بعينه كان
التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع فيكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه ان مراعاة
ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فانه اخذ بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة
وقوله وان باع عقارا بعقار ظاهر وجهه مما تقدم وان باع بثمن موجل الى اجل معلوم فللشفيع
الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وانما وصفنا
الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه وليس له ان ياخذها في الحال
بثمن موجل عندنا وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة
والاخذ بالشفعة بالثمن فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت
بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله وليس
الرضا دليل آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل
لان الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة ونوقض بالمبيع وهو مقصود
ملو الرجل بالثمن ولقائل ان يقول لما كان الرضا شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع
والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا
ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قول زفر ووجهه ان وصف الشيء
يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن حق البائع وقوله وصار كما اذا اشترى شيئا
ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما
ذكر في اواخر باب طلب الشفعة وهو قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن موجل
الى آخره فيوهم ان الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق التحول

الصفقة

الصفقة كما هو المختار ولكن يتحول ما كان مستحق العقد والاجل مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه
وقوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله لقول ابي يوسف في الآخر احتراز عن قوله الاول روى بن ابي مالك
ان ابا يوسف رحمه الله كان يقول اولا كقولهما ثم رجع وقال له ان ياخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في
الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل
او بثمن موجل في الحال وهو لا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا اعراض عن
الاخذ ووجه قولهما وهو قوله اولا ما ذكر في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به
والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق
الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه متراخ عن الطلب فيجوز ان يتاخر
الى انقضاء الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف في الآخر وتقريره لا
نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي
الثمن حالا **قال** واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر
وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل لها
ردة او مات او لحق بدار الحرب ولا يورث لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر
والخنزير وقال المصنف اما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير
ولهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجب بقدر
الامكان ومن ضرورته ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع
الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري
مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض
البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل
حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة
وباقي كلامه ظاهر **قال** لما كان الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بفعل احد
او بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتاخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم اخذ الشفيع بالشفعة
فهو بالخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشترى به المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف
المشتري قلعه وعن ابي يوسف رحمه الله لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان
يترك وهو احد قولي الشافعي رح وله قول آخر وهو ان يقلع ويعطي قيمة البناء ولابي يوسف رح انه محق في
البناء لانه بناه على انه ملكه والمحق في الشيء لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان وصار
ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب ان يكلفه القلع ويرجع في الارض وبالمشتري شراء فاسدا اذا بنى
وبالمشتري اذا زرع فانه ليس له ان يكلفه قلع الزرع بالاتفاق وهذا الى ما قلنا انه لا يكلف لان في ايجاب الاخذ
بالقيمة دفع اعلى الضررين ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن على
الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية ان
المشتري بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له

قوله وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ [illegible] الاخذ في الحال [illegible]

الحق وكل من بنى في ذلك ينقض بقآؤه كالراهن اذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز
عن الموهوب له والمشترى بالشرآء الفاسد فان بناهما حصل بتسليط الواهب والبايع وهذا اى نقض البناء
لحق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشترى ويجوز ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متاكدا لانه اى
الشفيع يتقدم ملك على المشترى ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيرهما من تصرفاته كالاجارة وجعله مسجدا او مقبرة
فكذا ينقض تصرفه من بنآء ونحوه بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها
تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشرآء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند ابي حنيفة رح
لان عدم استرداد البايع في الشرآء الفاسد اذا بنى المشترى فيه المشترى انما هو قوله واما عندهما
فله الاسترداد بعد البنآء كالشفيع في ظاهر الرواية قوله ولان حق الاسترداد معطوف على قوله
لانه حصل فيهما اى في الهبة والبيع الفاسد ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البنآء وهذا الحق اى
حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوى قيل فيه نظر لان
الاسترداد بعد البنآء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة رح فالاستدلال به لا يصح فالجواب
انه يكون على غير ظاهر الرواية اولانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله فلا معنى لايجاب
القيمة راجع الى اول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع
بمنزلة المستحق والمشترى ان بنى او غرس ثم استحق رجع المشترى بالثمن وقيمة البنآء والغرس على البايع
دون المستحق فكذلك ههنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا زرع المشترى ولم يجب عنه
قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لانه قوله وهذا لان حقه اقوى من حق المشترى يعني
ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان
حق الشفيع مقدم وقوله بالفرق بين بنا المشترى في الدار المشفوعة وصبغها باشيآء كثيرة فان
الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على
الاختلاف ولئن كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر به المشترى كثيرا اذ له النقض بخلاف
الصبغ وقوله وان اخذها بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شآء
كلفه القلع وان شآء اخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في
الغصب ولو اخذها الشفيع فبنا فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا غير سوآء اخذها من
البايع او المشترى لانه تبين انه اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف رح انه يرجع بقيمة البنآء والغرس
ايضا لانه متملك على المشترى فنزل منزلة البايع والمشترى ثم المشترى في صورة الاستحقاق يرجع
على البايع بالثمن وقيمة البنآء فكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشترى مغرور
ومسلط على البنآء والغرس من جهة البايع ولا تسليط في حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه
قال واذا انهدمت الدار كلام ظاهر والتامل فيه يرشد الى ان قوله من قال انهم يعني اصحابنا
جعلوا ان البنآء اذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من
الثمن وكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار تحتاج الى زيادة التامل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما
منشاؤه ان البنآء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فاتت من غير صنع احد واما بعض

الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن وان نقض المشترى البنآء فالشفيع
ان شآء اخذ العرصة بحصتها لانه صار مقصودا بالاتلاف والنقض لان البنآء صار بالنقض منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ارضا ظاهر وقوله
وما كان مركبا فيه يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة اذا
ولدت ولدا قبل قبض المشترى سرى حكم البيع الى الولد حكم البيع حتى يكون الولد ملكا للمشترى كالام وقوله
في الفصلين يريد به ما اذا كان في النخل ثمر وقت الشرآء ثم جزه المشترى وما اذا لم يكن ثم اثمر ثم جزه ثم
جآء الشفيع لانعدام العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زال قوله في الكتاب يعني مختصر
القدوري باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب
فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال قال الشفعة واجبة في العقار وان
اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى ثم
يوخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق التبعية فلا يوخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى
بيت الرحى والربع الدار والحايط البستان واصله ما احاط به والحسب بسكون الشين وفتحها في
القدور واختار الجوهري الفتح وقال انما يسكن في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه بيانا
ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل
بل اذا كان له ذلك كان استحقاقه فيها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار والمسلم والذمي
فيها سوآء وقال ابن ابي ليلى رح الشفعة حق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا
العمومات من غير فصل والاستوآء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجار وذلك يقتضي الاستوآء في
الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيها الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء
المجاورة قلنا انه لم يتضرر في الحال فيتضرر في المال ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا
او مكاتبا واذا كان البايع غير المولى فللعبد الماذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان
كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرآء وشرآء العبد المديون من المولى
جائز دون غيره قال واذا ملك العقار بعوض هو مال قد تقدم ان الشفعة انما يجب في العقار
ومن شرطها ان يتملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما يملكه المشترى صورة في ذوات
الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يوخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض
مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشترى في اثبات حق الاخذ بذلك السبب لا بانشآء سبب آخر ولهذا
لا يجب في الموهوب لانه لو اخذ بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة
في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة عليها او يستاجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد
او حانوت او يصالح بها عن دم العمد او يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تمليك هذه الاشيآء
للمشترى حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تخريج هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه
لا يمكن مراعاة شرط الشرع الى آخره كافيا ولكنه استدل عليه بدليل يشتمل عليه وهو قوله لان الشفعة
عندنا انما يجب في مبادلة المال بالمال وعند الشافعي رح يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده
فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد

في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ عليها كما في البيع بالعوض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله
اي قولنا الا فيما يتاتى فيها اذا جعل شقصا مهرا او ما يضاهيه اي يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة
لانه لا شفعة عنده الا فيه حيث لا يرى شفعة الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام قوله ونحن نقول جواب
عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضروريا والاول
ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم انما اوردهما لان
تقومهما ابعد لانهما ليسا بالين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما يقوم مقام
غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها
من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة
والدم ليس الا حق الاستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به ويدخر وقوله وعلى هذا البناء ان
العوض عند العقد وبعده سواء في كونهما مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او
بالمسمى فانه فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا
شفعة في الشراء الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما متعينا وبانه جهالة في الساقط لا
يفضي الى المنازعة والمفسد ما افضت اليها ولو تزوجها في دار على ان يرد عليه الفا فلا شفعة
في جميع الدار اي في شيء منها وقالا يجب في حصة الالف يقسم قيمة الدار على مهر المثل والف درهم لانه
مبادلة مالية في حقه اي في حق ما يخص الالف وابو حنيفة رح يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو
النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولو كان البيع اصلا لفسد كما
قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني نفسك وقوله ولان الشفعة دليل آخر وفيه اشارة
الى دفع ما يقال الشفعة يقتضي المبادلة المالية واما ان يكون هي المقصودة فممنوع ووجهه ان كونها
مقصودة لا بد منه الا يرى ان المضارب اذا كان راس المال الفا فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالالفين
دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من
الربح لان الربح تبع لراس المال وليس في مقابلة راس المال شفعة في لرب المال لان البيع كان لرب
المال لان المضارب وكيله في حصته وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء وكذا في حصة التبع من
الربح

قال او تصالح عليها بانكار عطف القدوري رح قوله او تصالح عليها بانكار
قوله او يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في اكثر
نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر قوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه
اذا كان من جنسه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا
يعني به قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيه راسا الا ان يكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض
فانه اذا وهب دارا لرجل على ان يهب له الآخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا
يكون الموهوب ولا العوض شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة لان الهبة بشرط العوض
بيع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب
ولا في العوض ان كان العوض دارا لان كل منهما هبة مطلقة عن العوض الا انها اثيب منها فامتنع الرجوع

ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع عن الشفعة
كما في البيع الفاسد فلان يمنع بقاء الملك كان اولى ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان
البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند
وجود البيع لانه هو السبب قوله وان اشترى بشرط الخيار ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله من قبل وجد
العقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الى آخره قوله واذا
اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع
لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين
من البائع والمشتري فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع فيها فان اخذها بالشفعة
كان نقضا للبيع لانه قرر ملكه واقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل
نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة
ويتبين انه اخذه بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال وهو ما ذكرنا البلخي ان ابا
حنيفة رح ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خياره والشفعة لا يستحق الا بالملك فكان مناقضا
وقوله او صحناه في البيوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال
وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل انما كانت الحوالة في حق جواب الاشكال
رائجة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان
يكون اوضحه في كفاية المنتهي ولو كان الخيار لما يثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشتري
قوله واذا اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة
للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرنا في طرف البائع وقوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها ظاهر وقوله
ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان ياخذها
دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية

قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا اول كلامه واضح وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا
تلويح الى عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا
فحق الشفعة باق على حاله الا يرى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما
او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساد
العقد بعد وقوعه صحيحا قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه
بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها
بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد فيحصل الحق ولا يلزم تقرير الفساد واجيب بان
فساد البيع انما يثبت لمعنى يرجع الى العوض اما بالشرط في حقه او الفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا
العوض الفاسد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن الانفكاك
البيع الفاسد عن مفسده فاما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري

قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان المشترى ذلك صار اخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه
الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وفي الفاسد
المشترى ممنوع من التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار يملك التصرف في
الحال على وجه يبطل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملكه لانه ممنوع عن التصرف وامر بنقضه فان قيل لا
نسلم انه عن التصرف بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى بعد ذلك حق الفسخ وفيه تقرير الفساد ايضا
فالجواب بانا لا نسلم انه له ذلك بل هو منهى عنه وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطء حالة الحيض فانه
تحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المامور بنقضه من الشرع ممتنع وقد يترتب على المحظور من
وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع
وانما قوله وحق الفسخ ثابت في الشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا
وورود الخيار للمشترى كان يندفع بقوله لدفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه
ليس لدفع الفساد ولكنه اتى بالسؤال والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق على المالك بملك غير
محظور اعلى من صار احق بالمبيع تصرفا والمشترى بالخيار اذا لم يكن مالكا فهو احق بالتصرف والمشترى
شراء فاسدا ليس منهما سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند ابي حنيفة رح وبالبيع
من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع
الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو اى المشترى شفيعها لان الملك له ولا يقال في ذلك تقرير
الفساد حيث اخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول المشترى بعد اخذ
الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد في التي ياخذها بالشفعة
بخلاف ما تقدم فانه لو ثبت الشفعة ثمة لانتقل الشراء الفاسد من المشترى الى الشفيع بوصف الفساد
وفي ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل الملك عام كان للمشترى وهو يقتضى ثبوت حق الشفعة لكن المانع
متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة وهو المشتراة بشراء فاسد فان بقاء
ذلك منع الشفيع عن اخذ المشتراة بالشراء الفاسد اجيب بان ذلك بمجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع
عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها
وامتناع الشفيع من الاخذ في تلك المسئلة لم يكن بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير
الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشترى من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد ثم ان سلم البائع
الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشترى قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت الشفعة لزوال ما كان يستحقها
به كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط
وان استردها اى الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشترى
لانقطاع ملكه عما يستشفع به قبل الحكم بها ولا يثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن له وقت بيع المشفوع جار
وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة
ليس بشرط قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة واذا اقتسم الشركاء
العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها جبر القاضي والشفعة

ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت لوجبت للقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر
واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية او خيار شرط او بعيب بقضاء
قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعنى فيما اذا كان الرد
بالقضاء بين القبض وعدمه واما اذا كان ردها بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من
من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعنى فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه واما
اذا كان ردها بعيب بغير قضاء فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ
من الاصل ولهذا يتمكن منه الرد بغير رضا صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدوري
ففيه الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون رحمهم الله قوله ومراده اى مراد القدوري في قوله
او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه مناقض قوله هناك ولا فرق بين القبض
وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما صحح منها فاما رواية الكتاب فقضاءه
ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية الفسخ فقد اختارها
الفقيه ابو الليث رح في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو
رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وانكر
فخر الاسلام ومن تابعه كصدر الشهيد وصاحب الهداية رحمهم الله هذه الرواية كما ذكره الكتاب
والامام قاضيخان رح في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفسخ رح على ما اذا كانت التركة مكيلا او
موزونا من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون
عين ما وقع في الاولى او مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كان عقارا او غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما
يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا

باب ما يبطل به الشفعة

تاخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان ووجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده
يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط
حق ولهذا لا يصح من غير قبوله ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط
والمسقط اليه كالطلاق والعتاق قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعنى طلب المواثبة
وهو يقدر عليه ذلك بطلت شفعته وانما فسره بذلك كيلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان
ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعضهم فسر قول المص رح من قبل والمراد بقوله فاذا لم يشهد في مجلس
ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله وهو يقدر لانه لا اعراض عن الطلب وهذا يعنى اشتراطه بالقدرة
لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهو عند القدرة فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو
سمع وهو في الصلوة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد
عيانا او صحو فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة
فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض
عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعنى الشرط الملائم وهو
ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشترى سلمتك شفعة هذه الدار

ان آجرتها او اعرتها فيها الفاسد وهو ما ذكره في المال اولى والفاصل بين الملايم وغيره انما كان فيه كذلك
توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملايم لان الاخذ بالشفعة يتلوه
وما لم يكن فيه كذلك كاخذ العوض فهو غير ملايم لانه اعراض عن لازم الاخذ فاذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد
الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول
يثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح
او لم يبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز
لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لانه حصته
مجهولة ولا الشفعة لفقد الاعراض عن الدار قوله وكذا لو باع شفعته يعني انها يبطل لما بينا ان حق الشفيع
ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق
والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل
بين المتقرر وغيره انما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة و
القصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا
متقررا واما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا
وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين لامراته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامراة العنين ترك
الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك بعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان
اخذ العوض اكلا له بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في هذا اي في بطلان الكفالة والعوض
بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابي حفص رح قيل وعليه الفتوى
ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصلح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية
ابي سليمان رح لا يبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينهما وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا
بتمام الرضا ولهذا لا يسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس
كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل في النهاية اي رواية ابي سليمان رح في الكفالة يكون
رواية في الشفعة ايضا حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية
المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا يبطل الكفالة بالصلح على مال ويبطل الشفعة بالصلح اي على مال لما قد
عرف في موضعه اي في المبسوط **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة
واشهد بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري
اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان ياخذها وان كان الثاني فهو لم ذلك وقال
الشافعي رح الاول كالثاني بناء على اصله ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض
عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته ولنا ان الشفعة بالملك وقد زال
بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه
الى وقت القضاء ولهذا لو ازاله باختياره بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط رح

ان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم يبطل الشفعة لبقاء
المستحق ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته اي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان
حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم
والموصى له فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشتري في حياته
لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق
نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل القضاء بها فاما ان يكون باتا
او بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا
اي ولان زوال السبب مبطل يزول به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع شراء المشفوعة لان العلم بالمسقط
ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا او ابرا عن الدين ولا يعلم ان له دينا عليه وطولب بالفرق
بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري او استاجرها منه فان علم بالشراء سقطت
والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم وانما يسقط بها لدلالتها على الرضا
والرضاء بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم
وقد ذكرتم انها يبطلها وان لم يعلم واجيب بان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة
وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم يبطل
شفعته لان الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال **قال** ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع
فلا شفعة له ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب المال اذا
باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري
او اشترى له كالموكل بالشراء فله الشفعة لما ذكره في الكتاب ان الاول يسعى في نقض ما تم من جهته
وهو البيع والثاني ليس كذلك لان الاخذ بالشفعة كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة
انما يبطل بالرغبة عنها وكذلك اي كوكيل البايع لو ضمن المشتري الدرك بجعله عن البايع وهو الشفيع
فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا
في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم الشفعة
ثم علم انها بيعت باقل منها او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته اما في الاول فلانه
انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر اقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كانه قال بطلانه
كان الثمن الفا لان التسليم مشروط بشرط فينتفي بانتفاء شرطه وفيه نظر سياتي بخلاف ما اذا ظهر
اكثر من الالف فان مستكثر الالف اكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه ربما لم
لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به اذا الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف
او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك
كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر
اقل كان اولى وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم
بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار كما لو قيل بيعت بالف

فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر
فلا شفعة له وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في
حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة احدهما بالآخر متيسرة عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم
الشفعة ثم تبين انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضى بجوار شخص قد لا يكون رضى بجوار غيره قال
محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا
ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض
كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الا بعد وجوده وهذا كما ترى مناقض قول المص رحمه الله
فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي
عن ابي يوسف رحمه الله على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع وقد يكون حاجته الى
النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع

فصل

لما كانت الشفعة
تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به فيحتاج الى
استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله لان المشتري في الثاني شريك لانه حين اشترى الباقي كان
شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الباقي قبل
الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله فان اراد الحيلة هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة
الشفيع في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه اذا استحقت المشفوعة استثناء من
قوله اخرى يعني انها حيلة عامة الا انه فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار
لانه يبقى كل الثمن على مشتري البيوت وهو تابع الدار فيتضرر به اي يرجع مشتري الدار عليه بكل الثمن
الذي هو اضعاف قيمة الدار وقوله والاوجه الى آخره تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف
درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلا فلو
اراد الشفيع ان ياخذها اخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه
ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا انه لم يكن عليه
دين فانه يبطل الصرف وقوله ولا يكره الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان يكون للدفع بعد
الوجوب او للدفع فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول
نعم فتسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف
مكروه عند محمد رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من
قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاتفاق وانما الخلاف في فصل الزكوة

مسائل منثورة

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير من مسائل الشفعة
الا هذه والفاظها ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله فيتضرر به اي بتفريق الصفقة عليه او زيادة الضرر وهي
زيادة ضرر التشقيص فان اخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع
ضرر الدخيل فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع

نصيب

نصيب احد المشتريين بينما اذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن ابي
الفقيه رحمه الله قال روي عنهم ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما قبل القبض
لان التملك يقع على البائع فيتفرق عليه الصفقة وله ان ياخذ نصيب احدهم بعد القبض لان التملك ح
يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه وقوله بمنزلة احد المشتريين يعني ان احد المشتريين اذا نقد ما
عليه من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق
اليد على البائع وقوله ولان الضرر في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما
اذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان
ياخذ نصيب احدهما وان لحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك واما
واما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع ومن اشترى نصف دار غير مقسوم
فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس له ان ينقض القسمة بان يقول
للمشتري ادفع الى البائع حتى اخذ منه سواء كانت القسمة بحكم او بغيره لان القسمة من تمام القبض لما
لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار
الى البائع وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد
الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان
العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يجر بين المتعاقدين فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع
بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيره من التصرف كالهبة
واطلاق الجواب في الكتاب اي في الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري يدل
على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله والباقي
ظاهر قال وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكرنا ان للحمل والصغير استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم
في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم الجد اب الاب
ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد من هؤلاء فهو على شفعته اذا ادرك فان ترك هؤلاء
الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر
هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ رحمهم الله وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب
الوكالة لكن عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة
ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره سواء لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر
رحمهما الله لا يصح منه التسليم اصلا وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي ان محمدا مع ابي حنيفة رحمهما الله في جواز
تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابي يوسف رحمه الله لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله
كدينه وفي بعض النسخ كديته بالتاء والاول انسب لما قرنه به وهو قوله وقوده والثاني انسب لرواية
المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له ولانه شرع لدفع الضرر وفي ابطاله
اضرار به ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه في معنى التجارة لانه تملك العين فيملكانه يوضحه انه لو اخذ
الولي بالشفعة ثم باعها من غيره جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل اولى لانه دفع عن توجه العهدة بخلاف البيع

منه ويحتمل بقوله الا يرى وهو واضح وقوله ولانه دليل آخر حجتهما الجواب عن الدية والقود لان التطلع
بها قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله
وسكوتهما كابطالهما لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم اورد قد يقول وسكوتهما كابطالهما لكونه
دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها او بالغبن اليسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش لا يتغابن
قيل جاز التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر رحمهما الله لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاجماع
وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل
من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رح لا يصح التسليم منهما وفاقا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر
ايضا لانه لم يملكا تسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يملكا اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى وانما
خص قول ابي حنيفة رح بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهذا ولاية
الامتناع عن التجارة في مال الصغير فذكر قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون
بالتي هي احسن وليس تركها ههنا كذلك وبهذا المعنى ايضا خص قول ابي يوسف رح بقوله ولا رواية
عن ابي يوسف رحمه الله لانه كان مع ابي حنيفة رحمه الله في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما
من نتائج النصيب الشائع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع
عدمه باع ووجب منه الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل وهي في اللغة اسم
للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد
الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل
في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان
لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهي مشروعة في الاعيان المشتركة
لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في الغنائم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير
ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع
لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا
كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى من الافراز هو ان يقبض لعين حقه والافراز هو الظاهر
في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذ احدهما من نصيب مثل ما ترك عليه
بيقين فاخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين الا يرى ان اخذ المثل في القرض جعل كاخذ العين
فجعل القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها اظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما ان يأخذ
نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة بنصف
الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ
نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه
ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ولئن استشعر
ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك

اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه
معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء
الدين فان المدين يجبر على القضاء والديون تقضى بامثالها فما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا يجيبه
في المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه اولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى
الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالبقر والغنم والابل
لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليه
ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص قال
ينبغي للقاضي ان ينصب قاسما كلامه واضح الا ما ننبه عليه قوله لانه ارفق بالناس وابعد من التهمة
لانه متى يحصل له اجر عمله على كل حال لا يميل باخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه
ويأخذ على ذلك من المتقاسمين اجرا لكن الاولى ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على
الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها
شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست
بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ وقوله عدلا مأمونا
ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غيرها بها الامانة قوله ولو اصطلحوا
فاقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما ان في القسمة معنى
المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر
المشتركة يعني اذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على عدد الانصباء
وكذلك الوزان والحافر وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت بحقيقة ان القاسم لا يستحق
الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان بذلك بارباب الملك استوجب
كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجر في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل
لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء ويزداد بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل
اشق ويجوز ان يعسر عليه تمييز صاحب الكثير لكنه يقع فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق
الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله وان لم يكن
للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فالاجر بقدر
الانصباء وهو العدد لو اطلق ولا يفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة رح في الجواب وقال اجرة الكيال
بقدر العدد سواء كان الكيل للقسمة او لا فالعدد وذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير
اكثر فكان اصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد ينعكس كما تقدم وقوله ولا يفصل اي كما
وبيان لقوله وعنه اي عن ابي حنيفة رح ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع
قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وطلبوا قسمتها فاما ان يكون عقارا او
غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان

كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة رح وقالا يقسم باعترافهم وان كان
الثاني قسم بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسم بينهم على ما نذكره وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه
في قولهم جميعا لهما ان الامتناع عن القسمة اما ان يكون لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه او لمنازع للمدعي في
دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه
بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر
ولا منكر ههنا فلا تفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم
لئلا يكون حكما متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة رح ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل القسمة مبقاة
على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا اوصى بجارية لانسان
فولدت قبل القسمة ينفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له
فدل على ان التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة
او بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا تفيد
وذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فان قيل
كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه اجاب بقوله ولا يمتنع ذلك اي كونه خصما
بسبب اقراره لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث او الوصي المقر بالديون فانه خصم
يقضى عليهما بالبينة بدون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في
حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه
فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة
قوله بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما قوله لان في القسمة
نظرا الى الكل والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده وبعد القسمة ففي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك
نظر للميت بخلاف العقار عند ابي حنيفة رح فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده وبخلاف جواب
عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد روي عن ابي حنيفة رح في غير الاصول ان القاضي لا يقسمه
بينهم وسوى بين الشراء والميراث ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك
البايع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قوله وان ادعوا الملك الخ هذا هو القسم
الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المص رح يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة رواية كتاب
القسمة واعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في
ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون مشترى
فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول ابي حنيفة رح
خاصة وعندهما تقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا اولى وقيل قول الكل وهو الاصح
لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار
غير محتاج اليه فتعينت قسمة الملك فيفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز
قال وان احضر وارثان واقاما البينة وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة

الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغايب
قيل قوله في ايديهم ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح في ايديهما لانها لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد الغايب
ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم يقسم اجيب بانه
اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملبس وكذا لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب
وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصبي بظهور نصيبهما بما في يد الغير ولا بد من اقامة البينة في هذه
الصورة يعني فيما اذا كان معهما صبي عند ابي حنيفة رح كما اذا كان معهما غايب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل
يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه
يقسمها باعترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق
بينهما وهو واضح قوله ويصير مغرورا بشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها
الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البايع كالمورث وقوله ولا فرق في
هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه حتى لم
كما اطلق في الكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينة وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره في المبسوط
وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغايب لم اقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث لان
في هذه القسمة قضاء على الغايب والصغير باخراج شيء مما كان في يده من يده واذا حضر وارث واحد لم
يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما والحاضر ان كان
خصما عن نفسه فليس ثم خصم عن الميت وعن الغايب وان كان خصما عنهما فانه من يخاصم عن نفسه لتقيم البينة
بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي ظاهر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما قال وان كان كل من الشركاء ينتفع
بنصيبه اذا طلب احد الشركاء القسمة فاما ان ينتفع كل بنصيبه او بعضهم او لا ينتفع احد منهم فان كان
الاول قسم القاضي بطلب احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما
بيناه ونبينه قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الخ وان كان الثاني فان طلب صاحب
الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكر من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا وهو
ان يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجهه ظاهر وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة
قسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه لان دليل القول الاول دليل احد الجانبين ودليل قول الجصاص
دليل الجانب الآخر والاصح هو المذكور في الكتاب اي القدوري وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام
الضرر لا يلزم القاضي شيئا فانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعته وذلك لا يوجد عند طلب
القليل وان كان الثالث بان كان مشتركا بينهما بيتا صغيرا لا يستحق كل منهما بالقسمة وطلب احدهما
لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما
وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني
يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل

في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة
تمييزا بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي وقوله ويقسم القاضي كل مكيل وموزون ظاهر قوله
ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة
ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني
المتخذة من اصل واحد كالاجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر لحقه بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي
جبرا في الصغير عينه وكذلك الاثواب المتخذة من القطن او الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة
والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم شيئا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع
لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء وان رضيا بذلك قسمة بينهما ولا ثوبين اذا
اختلفت قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة ان
التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم يكن مشتركة فيرد عليها القسمة فكان معاوضة
بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما
القسمة وابى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والآخر ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل احد
القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا
بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز لانه يتيسر عليه التمييز في بعض الشركة ولو
تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما ثمه معاوضة يحتاج الى التراضي
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر [illegible] الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يكون
الا ان يكون مع الرقيق شيئا آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان كان صح القسمة في
قولهم جميعا على الاطلاق اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة رحمه الله فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة
جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم للشيء تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقول
في الوقف وان لم يكن فان كان كما ذكرنا وانا ثالا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على
ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم ولابي حنيفة رحمه الله
ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح
للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم للفروسية وغير ذلك ففي جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فات
سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وانما بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس
الا يرى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن جنس سائر الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم جواب
عن قولهما ورقيق المغنم وذلك لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسم ثمنها وهنا يتعلق
بالعين والمالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في
القسمة كذلك اجيب بان القسمة يحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج
اليه قوله واما الجواهر الخ واضح قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر
في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك
الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي

لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة
الى ما ذكره في اول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما قوله واذا كان
دور مشتركة ههنا المقصود الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا يقسم عنده
قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت يقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار
واحدة متلازقة بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في
ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل يتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت
فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت
متلازقة يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها قليل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في
امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي
القسمة على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت
الخ واضح الا ما نذكره انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتب محمد رحمه الله ولا ذكرها
الطحاوي ولا الكرخي في مختصرهما وقوله ان اجارة منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت لانه لو جعل
نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله او يبتني حرمة الربوا هناك اي في اجارات الاصل على شبهة
المجانسة يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة يحمل حرمة الربوا هنا على شبهة
المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد اصل السكنى المقصود منها واستشكل كلامه هذا لانه
يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء
عندنا كما تقدم ففي ذلك شبهة الربوا انما اذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة والمعتبر
الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من
مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بالاتحاد
في الجنس واحد فكيف نقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق ان يراد باختلاف الجنس من حيث الذات
فيجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فيمتنع الاجارة لشبهة الربوا

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية
صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه
اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغذة ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه
حفظه ان اراد دفع تلك الكاغذة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله يعني يسويه على سهام
القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخر
اذ البناء يقسم على صفة فربما يقع في نصيب احدهم شيء منه فيكون عالما بقيمته ويفرز كل نصيب عن
الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني
والثالث الى ان يفرغ السهام ويكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا الخ قال الامام حميد الدين
صورته انه اذا كان بين جماعة لاحدهم سدسها وللآخر ثلثها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي
يليه بالثاني والثالث الى ان يفرغ السهام على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه

او لاقل السهم الاول فان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول فان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه
وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والثلاثة التي تليه وقوله في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطييب القلوب
جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا
رحمهم الله استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركنا ما هاهنا بالتعامل الظاهر من
لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق
فيه متعلق بما يستعمل فيه واما المحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا
الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي
تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا يرى الى زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى
نفسه مع علمه بكونه احق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم قال ولا يدخل في القسمة الدراهم
جماعة في ايديهم عقار وطلبوا القسمة وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم ولم
يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة
ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته فقد لا يصل اليها
والتسوية بين ما يصل الرجل اليه في الحال وما لا يصل معادلة فلا يقضى بذلك الا عند الضرورة وهذا ذهب
ابو يوسف رح فيما اذا كان ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا
بالتقويم وابو حنيفة رح الى ان الارض يقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء
في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ
لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رح الى انه يرد على شريكه بمقابلة البناء
ما يساويه من العرصة فان لم تف بقي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة
تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مرة
ولا يجعل لاحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله فان قسم بينهم يعني
ان قسم القاسم الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر او طريق فلا
يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه اولا فان امكن فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر سواء
كان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير مزيد
بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا يدخل فيه الحقوق
وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء
هذا التعليق بملك غيره فلا يدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة اولا فان كان
الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الفقد وبقاء الاختلاط فتستأنف وهذا بخلاف البيع
باع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد
لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما
القسمة فانها لتمليك المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة
وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بالانقطاع

التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتصريح وان في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل
يدخل وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا يدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي الافراز فقلنا يدخل عند ذكره اعمالا
للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا
يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة فقال
بعضهم لا نرفع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل نرفع ينظر القاضي في ذلك ان كان يستقيم
لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه اي دون رفع
الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا
في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة الطريق اكثر من عرض الباب الاعظم
وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك يجعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به فلا فائدة
في جعله اعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا اراد ان يشرع
جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان
بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لانه قدر طوله مشترك بينهم فكان بانيا على
الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم ارضا يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه
ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما
يحتاج الى العجلة فيؤدي الى الاستقصاء كذا في النهاية وبقية كلامه واضح قال وان كان سفل
لا علو له وعلو لا سفل له صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت
كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيد
بذلك لئلا يقال يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رح
واذا ظهر ذلك فاعلم ان علماءنا رحمهم الله اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله
يقسم بالذرع لان الاصل في القسمة في المذروع لكونه الذرع فيه لا في القيمة وقال محمد يقسم بالقيمة فان كانت
قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة احدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب
لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل
الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من علو
وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر
في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة
اهل العصر اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف
بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل هو
معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات
العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه
الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف رح ان المقصود اصل السكنى
وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصل محمد رح

ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير
قول ابي حنيفة رح في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل
لان علو مثل نصف سفله فثلثة وثلثون وثلثان من سفل البيت الكامل بمقابلة ستة من السفل المجرد وستة وستون
وثلثان من العلو الكامل بمقابلة ثلثة وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول ابي يوسف رح
ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي وشهد القاسمان
قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكانه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما فقوله
اى التمييز لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم قيل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما
اما اذا كان القاضي او نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء ان يابى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح
والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى
الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرها والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار
ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه تناقض
وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر فعلى هذا اذا ادعى احدهما الغلط في القسمة وزعم ان
مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة
بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى الفسخ بخيار الشرط فان اقامها نقضت دعواه بها
وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فان انكروا استحلفوا رجاء النكول فمن حلف لا
سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكره في الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض في
دعواه قال المص رح ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا شهد على نفسه
اى اقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله واليه
اشار من بعد يريد به قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه
شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار
المبيع ووجه الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب لذلك سوى
كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا يقبل دعواه اصلا وان
قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب
وهو منكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان
كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسير جدا
فان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضى منهم لم يوجد ونصب القاضي مقيد
بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي لم يذكره محمد رح وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني رح انه كان يقول
لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع
من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقائل ان يقول تسمع هذه الدعوى لان
المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش
فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رح كان ياخذ بالقول الاول وهو مختار المص رح

وبعض المشايخ كانوا ياخذون بالقول الثاني قوله ولو اقتسما دارا وهو غير مسئلة اول الكتاب لكن اعاده
لزيادة بيان وهو قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها
قوله وكذا اذا اختلفا في الحدود وقيل صورته دار اقتسمها رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرف
منه بيت في يد صاحبه واصاب الآخر جانب وفي طرف منه بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما ان البيت
الذي في يد صاحبه داخل في حده واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لان بينة كل واحد
خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح قال لما فرغ من بيان الغلط
بين الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما فههنا ثلثة اوجه استحقاق بعض معين في احد النصيبين
او فيهما جميعا واستحقاق بعض شايع في النصيبين واستحقاق بعض شايع في احد النصيبين ففي
الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند ابي حنيفة رح
ولكن يتخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسما ثانيا وقال ابو يوسف رح
يفسخ ومحمد مع ابي يوسف رحمهما الله على رواية ابي سليمان رح ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص رحمهما الله
وهو الصحيح وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما
سواء بان يكون قيمة الدار الفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة باقي ثلثه
ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع
على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو ثلثمائة فاذا استحق النصف
يرجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فحصل في يد كل من الشريكين
اربعمائة وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلثة ارباع الالف ومائتين قال المص رح ذكر الاختلاف في
القدوري في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض معين من
نصيب احدهما قال صاحب النهاية وصفة الحال يشير الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة
في الاسرار في الشايع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشايع فيرتفع ما قيل في قوله ذكر الاختلاف
في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري رح واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه
ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه واذا
استحق بعض شايع في نصيب احدهما بعينه ورح يكون الاختلاف في الشايع لا في المعين لابي يوسف
ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا
تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي ورضاه كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين
في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الآخر فلانه يوجب
الرجوع بحصته في نصيب الآخر شايعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه
لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى
الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ولهذا تجوز
القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان لرجل نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلثة نفر والنصف
المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين

على النوبة ايضا فانقسم الاثنان على ان ياخذ احدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتداء
جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتقاض معنى الافراز بخلاف الشائع في
النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا فلا ضرر بالمستحق وقوله
وله ان باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق النصف
الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده
الى نحو اعتبار الجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة
وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند ابي يوسف نرد ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع
لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده بخلاف الباقي بعد الاستحقاق وقوله والمقبوض بالعقد الفاسد
جواب عما يقال ينبغي ان ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه
ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد مملوكة فينفذ
البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عينه حيث لم كان البيع فيضمن نصيب صاحبه قال
ولو وقعت القسمة ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط لم يوف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء
ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم
للوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما بقي بالديون
وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراء الغرماء بعد القسمة او اداء الورثة من مالهم جازت
القسمة اي بقيت جوازها سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث آخر
او بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له
لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى احد المتقاسمين بعد القسمة على الميت
دينا ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه
بالاقدام على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون
المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل ان يقول ان لم يكن دعوى باطلة لعدم التناقض فلتكن
باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا
اثبت الدين بالبينة لم يكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهاياة واخرها عن قسمة الاعيان
لكونها فرعا عليها واتصال الترجمة بالباب اولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياة
ليست منهما لكنها باب شركة القسمة ويجوز ان يقال لم يفصل من كتاب القسمة وفيها فيه والمهاياة من الهيئة
وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء وقد تبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيأة واحدة ويختارها
او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن
قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين
في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب
ولكم شرب يوم معلوم وهي المهاياة بعينها وللحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة

ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة
اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم
ويبطل المهاياة ولا يبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة
المهاياة فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايآ في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة
وهذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في المتن والتهايؤ في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن
هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في
بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولو كان
مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلتحق بالاجارة ويشترط التأقيت قيل قوله ولكل واحد ان يستغل
ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا اذا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدث المنافع على ملكه
جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وفيه نظر
لانه لو كان مبادلة كان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترطا
الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما
وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان
والاول متعين ههنا ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت
المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاواني يعتبر افرازا من وجه مبادلة
من وجه حتى لا ينفرد احدهما بنقض المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يجبر
افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها
وانه يحرم ربا النساء والاول اصح لان العارية ليست فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند
احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى
وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان
المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة
من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما
كالدار مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب ان يسكن
جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما
التهايؤ في المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان
اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من
حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة قوله ولو تهايآ في العبدين واضح وقوله ويقسم عند ابي حنيفة رحمه الله
لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنده وقوله وكذا روى عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ
وقوله والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي معنى قول ابي حنيفة رحمه الله ان الدور لا يقسم ان القاضي لا يقسمها
وان فعلها جاز وعلى هذا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث
الخدمة قل ما تتفاوت اوجه لبقاء قوله في الاصول بلا تاويل وقوله ولو تهايآ فيهما واضح وقوله وقد

الفرق يعني يبنى جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله
فيفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول
لان القوى الجسمانية متناهية وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان
قسمة المنفعة يعتبر بقسمة العين وهي ممتنعة في الدارين لا يجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله
والاعتدال ثابت في الحال الى آخره وقوله اعتبارا بالتهايؤ في المنافع يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال
وقوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه
قد يكون في احدهما كياسة وحذق وليا قد يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يفيد وعليه الآخر ثم التهايؤ
في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين اولى ان لا يجوز وعورض بان معنى
الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل الى الغلة
في الوقت الذي يصل اليه فيه صاحبه فكان كالتهايؤ في الخدمة اجيب بان التفاوت يمنع عن
رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت
وقوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيانه ان الفرق
ما سنذكره بعد هذا ان المنافع لا يبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها
اعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقتسمان ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل جواز التهايؤ
في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت فعلله هنا بضرورة تعذر القسمة
وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور
من قبل من تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة
مستقلة وقوله ولان الظاهر وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه
ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الخ وقوله ولو كان نخل او شجر الى آخره واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة
من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر الحصري معناها لغة وشريعة فاغنانا عن ذكره
وسببها سبب المعاملات وشرعيتها مختلف فيها قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما
قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع
وقالا هي جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولما ذكر في
الكتاب من القياس وقوله ولانه لا اثر هناك للعامل في تحصيلها يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو
اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة
ولابي حنيفة رح ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه استيجار ببعض
ما يخرج من عمله فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان
ولان الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيب الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة
او اقل منه او اكثر او معدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر
كان خراج مقاسمة وهو ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل
جاز لانه عليه السلام ملك غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة
لا يصح الا ببيان مدة معلومة وهو اي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث حجة لمجوزها
ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع
نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة وقوله
واذا فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا
كان من قبل رب الارض وقوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه كان الزرع له وان كان نماء
ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى
والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر
من قبل صاحب الارض الخ وقوله الا ان الفتوى على قولهما واضح وقوله بيان المدة يريد به مدة يمكن خروج
الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا لو بين مدة لا يعيش احدهما
الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله لانه اي لان عقد المزارعة عقد
على منافع الارض يعني اذا كانت البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي للمنافع بمنزلة الكيل
والوزن وقوله وهو اي المعقود عليه منافع الارض اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان
البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستاجر للارض وفي الثاني رب الارض مستاجر العامل فلا بد
من بيان ذلك للاعلام وقوله فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة
في الخارج يبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معلوم وقوله بيان جنس البذر
وجه القياس ايضا ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولو
لم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع
في الارض ليس بشرط فوض الراي الى المزارع او لم يفوض بعد ان ينص على المزارعة فانه مفوض اليه
وهي عندهما على اربعة اوجه قيام المزارعة باربعة اشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما
ان يكون الجميع لاحدهما او لا لا سبيل الى الاول لانه في المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من
احد الجانبين شيء لم يتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما ان يكون بينهما بالتنصيف او باثبات الاكثر
والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر ان يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد وهو
الوجه الاول في الكتاب وان يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه
والثاني ايضا على وجهين احدهما ان يكون الارض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني والآخر
ان يكون العمل لاحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور
في الكتاب وهو واضح والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه جائز ايضا
واعلم ان مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها
اجارة انما هو على منفعة الارض او منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر ولانه استيجار
ببعض الخارج والقياس يقتضي ان لا يجوز في الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس
وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر واما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رض وتعامل الناس فانهم

تعاملوا في اشتراط البذر على المزارع وح كان مستاجرا للارض ببعض الخارج واما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل فانهم كانوا ربما يشترطون البذر على رب الارض فكان ح مستاجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على اصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه استيجار الارض او العامل بذلك لكونه موجد الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك فهذا قلما علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار بجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل وهو الوجه الثاني والثالث ثم فيهما استيجار الارض والعامل فيه واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف او الاصل يجوز ان يستتبع الاخس والفرع ووجه غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل فاما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل ان يقول استيجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان راجحا ويلزم الجواز ويمكن ان يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض وقوله كالثوب يخلو فانه لا مدخل له في القليل واما ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها يوهم ان يصحب القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكر المص يوم ذلك وبقي عليه اشكال وهو ان صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر مثل الارض واجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين الى صاحب البذر بسلامة الخارج حكما وكذلك ان لم يخرج الارض شيئا لان عمل العامل بامره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر قال محمد رح في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر وهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على احدهم مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لا انه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل لكل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة معلومية المدة شرط جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض

الى آخره والاصل فيه هذا ان كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت قوله وصار كما اذا شرط دفع الخراج والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة يجب الخارج او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث او الربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان فان العرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله والتبع يقوم بشرط الاصل يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما بالنص كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكر فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله لا تحكم العقد يعني لو انهما سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء واما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه لا يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط المزارعة اما ان تكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض شيئا او لم يخرج فان اخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني من الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استاجر رجلا بعين بعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستاجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين ان يخرج الارض وان لا يخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا يفوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر فيه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المص رح وقد مرت في الاجارات قال صاحب النهاية رح وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تخمين لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ

وليس كذلك واجب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل
خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه
لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب
رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج او لا هو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض
والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في
الاجارة يجوز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فينعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب
اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز عن تاويل بعض اصحابنا لقول محمد رح في الاصل لصاحب الارض
والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر بان المراد به ان يجب اجر مثل الارض مكروبة اما
البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل
لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه قوله واذا استحق رب الارض الخ واضح خلا
انه يحتاج الى فارق بين خبث تمكن في منفعة الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث
تمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام المص رح اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل
من البذر ويخرج من الارض يعني وهو محتاج اليهما على ما جرت به العادة واحتياجا بالغا فكان الخبث
شديدا فاورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول والليّن بذلك
المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارض وامطرت السماء
فكان ما تمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك قال واذا انعقدت المزارعة
في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما او غيره وهو لازم به في حال دون حال اما بعد القاء
البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس
البذر من جهته وغير لازم من جهة من البذر من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا
يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استاجر رجلا ليهدم
داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد
لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر
يفسخ به الاجارة كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض
فيفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في
عمل الكراب لان الماقي به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قوم بجزء من الخارج
وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه
غره في الاستعمال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها
عقدا فيه الاجارة وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة
او الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي
الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فان في الزرع غير مستحصد فلو بقي
العقد وانتقل الارض الى ورثة ربها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر

على غير المتعدي واليه اشار المص رح فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع او لم ينبت وكذا ذكر جواب الكتاب
في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما نبت عند موته ولعله ترك ذلك
اعتمادا على دخوله في اطلاق قوله اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل المزارعة بعدما كرب العامل الارض وحفر
الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل عوضا بما عمل لما نذكره
بعيد هذا واذا فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من فدحه الامر اي اثقله لحق صاحب الارض احتاج
الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة قوله فسخت في التشبيه بالاجارة يشير الى انه اختار رواية الزيادات
فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة
والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر
الانهار بشيء لان المنافع انما يتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب
شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح
ان لو كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله
وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستاجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة
الارض لا على عمل العامل فبقي عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض حتى
كان رب الارض مستاجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله
على رب الارض ويرجع على رب الارض باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالا الى مزارعة شيخ الاسلام
وفيه نظر فان منافعه وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج واذا
انعدم الخارج لم يجب شيء ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلث ما اذا
فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع
ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق
المزارع وفي التاخير ان كان اضرارا بالغرماء لكن التاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من
الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم
يذكر المص رح الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض
دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم يجيء له ذلك لانه ليس لصاحب
البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له
ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان
استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المص رح ولم يذكره لان البذر
اذا كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد علمت
في الصورة الثانية قال واذا انقضت مدة المزارعة اذا انقضت مدة المزارعة
والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع
حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء
المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك

فلا نسلم لمجانا والنفقة على الزرع وهو مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد
كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله ولان في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك اما لو امرنا
العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان بقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا
للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكره في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع
بلا اجر ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه ايضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير
اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره ولا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع
لانه تمكن من الاستئذان من القاضي فمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له
ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ذلك قيل له ويتخير رب الارض بين الامور الثلثة المذكورة
في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض فوجب دفع
الضرر عنه ليس بتخيره ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض متعنت في
طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فوقه عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من
اجر المثل وربما يخاف ان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الى آخره وقوله والمالك على الخيارات الثلثة يعني
المذكورة الآن في هذه الصورة ولو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ **قال** وكذا اجرة الحصاد
والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالكسر والفتح هو ان يرفع الزرع
الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء
مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان يوهم اختصاصهما بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر
من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل
ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسد لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحد
ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من اعمالها وغيره
ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية
ورفعه الى البيدر اذا شرط شيء منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحاب الامالي عن ابي
يوسف رح انها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة هذا هو
الاصح في ديارنا والمصنف رح جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمال العامل وما
كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن
واشباههما وهما ليسا من اعمالهما فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها
على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة
والمعاملة قياس هذا اي المساقاة ايضا على هذه الوجوه وقوله لانه مال مشترك [illegible] مشتركا بعد
القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان الجميع بعد القسمة بينهما الا يرى ان نصيب كل واحد اذا
كان معينا في قرية يقال لهم شركاء في القرية

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام
باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة
احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة هي المعاملة
بلغة اهل المدينة ومعناها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها
على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت
للمزارعة وهي غير جائزة عند ابي حنيفة رح كالمزارعة وبه اخذ زفر رح وجائزة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
وهو قول ابن ابي ليلى رح وقال الشافعي رح المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون
النخيل والكرم في ارض بيضاء يسقى بماء النخيل فيؤمر بان يزرع الارض بالنصف وقد ذكر دليله
في الكتاب وهو واضح والجواب ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان
الحاقها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله فان دفع البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة
ادراك الثمر معناه لو دفع رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله
منه بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه تصير بمنزلة معنى الثمر للشجر وهذا لان الادراك البذر له
وقت معلوم عند المزارعين فكان تذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة
فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله غرسا قد علق اي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله
بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها مطلقا حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها
وقوله او اطلق في الرطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة
جزة معلومة فان كانت فهي جائزة كما لو اطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك
المصنف رح في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مخلا وقوله لانها تنمو ما تركت وقوله لانها تنمو
في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب اصولها
لانه لا نهاية لها فلذلك فكان فيه غير معلوم وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت الذي سمياه دليل المسئلة
قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر هذا بيان ما يجري فيه المساقاة وما لا يجري فيه وقد خصص
الشافعي رح جوازها بما ورد فيه الاثر وهو حديث خيبر وكان في النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة وقد
عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان اثر خيبر خصتها لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا
ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لا سيما على اصله فان بابه عنده اوسع لانه يرى التعليل
بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف واما عندنا فلا تجوز
بالعلة القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول وهو من اصول الفقه
وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله لما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله واذا عقدت
المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ والحاصل ان المساقاة لم يشتمل على ضرر يلحقها
لاحد من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بالقاء بذره في الارض
فلم يكن لازما من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل
المرض وقوله لم يجز بالشرع لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل بعض الخارج قوله واذا فسدت

المساقاة واضح وقوله والخارج بين العامل الى ان يقوم على جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا
للضرر وامّا في القياس فقد انفسخت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين
العامل نصفين ان اشترطا انصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة
ينتقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح على ما ذكر نظيره في المزارعة وقوله وبه خلافه
حتى ما الى جواب عما يقال كان للورث الخيار وقدمنا ان الخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار
وهو واضح وقوله والخارج بين اخصر فيه والاول يعني ضرورة الموت سواء والعامل بالخيار ان
شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير اجرة لان الشجر لا يجوز استيجاره وان ابى خير الآخر بين الخيارات الثلث
بخلاف المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استيجارها وكذا العمل كله
على العامل هنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح

قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارة

المساقاة يفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارة يريد به قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود
عليها فصار العذر في الاجارات كالعيب قبل القبض الخ وقد بينا وجوه العذر فيها اي في الاجارة
وكلامه واضح وقوله فيه روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احديهما لا يكون عذرا
ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى
عذر وتاويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا واما اذا دفع اليه النخل على ان يعمل
فيها بنفسه وباعوانه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع
ارضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما
نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع التمر والغرس
لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج
من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فانه لو قلع الغراس
وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما للقطع خشبه ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بعوده
على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها شجرا وجب قيمتها
واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل
لانه تتقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق آخر ذكره المص رح في كفاية المنتهى وهو
شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراء جميع الغراس بنصف ارضه ونصف
الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة عند
العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المص رح وهذا يعني المذكور في الهداية اصحها لانه نظير
نظيره من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ في ان الغراس كله
يجعل الارض تبعا بيننا كما تصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآن متصلة بملك صاحب الارض
وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه والله اعلم

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا
في الحال للانتفاع في المآل فان المزارعة انما يكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منه والذبائح

اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن
الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم
قبل مبعثه ولا يظن به انه كان ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد
بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل
ذبائح اهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان الحظر العقلي من باب ما يقطع بحرمته فلا يرد الشرع باباحته
الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى النفع
كالحجامة للاطفال ومداويهم بما فيه الم لهم والذكوة الذبح واصل تركيب الذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن
بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى قوله الذكوة شرط حل الذبيحة الذبح شرط اكل
ما يؤكل لحمه من الحيوان بقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكى
فيكون حلالا والمترتب على المشتق معلول بصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولانه
غير المذكى ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة لان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكوة
فلابد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل في الماكول
يثبت به الطهارة في غيره لان الذكوة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها يعني طهارتها
من نجاسة النجاسة طهرت وحلت كانت الذبيحة بالذكوة تطهر وتطيب وهي يعني الذكوة اختيارية كالجرح
فيما بين اللبة وهي الصدر واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن قوله والثاني
كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان الابدال يعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت امارة
البدلية فقال كالبدل ومن شرطه اي شرط الذبح ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم
او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما يحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى
وما اهل به لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء

قال وذبيحة المسلم والكتابي

حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتى به مذبوحا واما اذا ذبح بالحضور فلابد من
الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم عام مخصوص
بخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة فضم اليه قوله وطعام الذين اوتوا الكتاب ولما
استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج حل لكم قال البخاري رح في صحيحه قال ابن عباس رض طعامهم
ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسي اذا
اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل
التسمية قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة يعني يقدر على الذبح ويضبط
اي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا او مجنونا قال في النهاية
او معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا
قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل اراد به الآيتين المذكورتين
وفيه نظر لانه عادته في مثله لما تلونا وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب
والاولى ان يحمل الاشارة الى الآية والى قوله لان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك قيل لما

ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم

ذكر الا ملقنا احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنه فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا يجوز وقوله والاقلف لما
يتعلم كذا اطلاعي وقوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب
عنه بانه شرط في معنى العلة وقوله ولا يؤكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه يريد
به غير اديان اهل الكتاب اما اذا تمجس فلا يؤكل ذبيحته **قال** وان ترك الذابح التسمية ان ترك
الذابح التسمية عند الذبح اختيارا كان او اضطرارا عامدا كان او ناسيا قال الشافعي رح فهو يقول
بالجواز ومالك رح يقول بالعدم وعلماؤنا رحمهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة ولا يؤكل وان
تركها ناسيا اكل استدل الشافعي رح بقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم سوى بين التسمية
وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب
الصلوة فانها لما كانت شرطا لم يجز صلوة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان سلمنا انها شرط
لكن الملة اقيمت مقامها كما في باب الصلوة الناسي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب انه محمول على حالة
النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة
فانها تقتضي الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بينهما معدومة فيما اذا كان على الناسي هيئة تذكره
كالاكل في الصلوة والجماع في الاحرام وههنا لم يكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح
عنده من خوف زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ولمانع ان يمنع بطلان التالي
ايضا على مذهب مالك وعن الثالث بما ذكره في الكتاب يعني ان اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي
وهو معذور ولا يدل في حق العامد ولا عذر له واما ما شنع به المصنف رح بكون ما ذهب اليه الشافعي رح
مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي
بالمبالغة وهو تأكيد بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل
اقرب لا يصالح من مذهب الشافعي رح لانه مذهب بين مردود والجواب انه يجري على ظاهره اذ لو اريد به
لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول ولان ظاهره يدل عليه الالفاظ لا يخفى
على اهل اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله
وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله
ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصدره على يدل على ان المراد به الذكر
باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية
التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل التخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه
حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لان مرجحه وهو النسيان فانه من
الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومحل
الكلام في الاية واسع وقد قررناه في الانوار وغيره التقرير والاجماع وهو ما بيناه يريد به ما ذكر من التشنيع منه
لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الى آخره والسنة
وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلام حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تأكل فانك
انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والعلم ما لكنا في ترك التسمية سواء وعلى

لعذره

هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكونها في ذكاة الاختيار ويشترط عند الذبح وهي
على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في
الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة **قال**
ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره المسائل المذكورة ظاهرة وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى
انه لو قال بغير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي رح ان خفضه يحل لانه يصير ذابحا
بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصب اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد رح ان لا يعتبر
الخطأ في النحو معتبرا اعتبارا بالصلوة ويحل الا به وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدم او اخر
لا بأس به ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف بين هذا وبين التكبير
في الصلوة ان المامور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قائمات صففن ايديهن
وارجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في
اصح الروايتين والفرق لابي حنيفة بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر وقال الحمد لله انه
يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المامور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى
فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح
في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واتى بلفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين
اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة
واللحيين وهو دليل ظاهر الامام الرستغفني في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط ايضا
يساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى
ابي الليث لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق
والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة **قال**
والعروق التي تقطع في الذكاة العروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان واختلف
العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رح الى الاكتفاء بالحلقوم والمرئ وذهب مالك الى
اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف رح الى اشتراط قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين ورجع اليه بعد
ما كان قوله كقول ابي حنيفة رح كما نذكره وذكر القدوري انه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ايضا وقال
المصنف هو المشهور وفي كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف رح وحده وذكر عن محمد رح انه يعتبر اكثر
كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة رح واما ابو حنيفة رح فقد اكتفى بقطع الثلثة ايها كانت وهي ثلثة اوجه
وان قطع الجميع فهو اولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت والفري
القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكره كسر العنق انسب ولهذا قال بعد هذا ويروى افر الاوداج
الخ انه امر بها بجمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح
وهو بقطع الحلقوم والمرئ لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان
الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرئ اصلا واما المعنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما
يحصل بقطع مجراه واحتج مالك بظاهره لان اللفظ وبما يقتضيه فان الاوداج جمع واقله ثلثة فتتناوله

المرى والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وسيجئ
سيجئ واحتج ابو يوسف رح بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما مناب الآخر اذ كل
منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرى فان المرى مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في
بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب من رواية سيجئ واحتج محمد رح بان كل فرد منها اصل
بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل فرد من الامور الاربعة
اقرب كما مر واحتج ابو حنيفة رح بان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد
قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجيه اي التعجيل في اخراج الروح
لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام وحصل بهذا جواب ابي يوسف رح وبقوله ويخرج الدم بقطع
احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب جواب مالك لا يقال الاوداج جمع دخل فيه الالف واللام
وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لانا نقول ليس افراده حقيقة في
الانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فيكون يعني اكثر كل
فيه وهو الثلاثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان اكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة
مرجحا كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيئا وربما لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة
قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوعة جائزة مكروهة واكل الذبيح به لا باس
به وقال الشافعي رح هو ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما
مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق فما يجوز اكله فيتناول الحالة المنزوع والقائم ولان الذكوة فعل
مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكوة كغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر
الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمشروع وغيره الا انا ذكرنا
غير المنزوع بما رواه الشافعي رح فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام فانهما مدى الحبشة فانهم
لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول
على غير المنزوع وقوله لانه آلة جارحة جواب عن دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم ان انهار الدم
بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه اي كل واحد منهما آلة واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود
وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين والكليل وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ منها
الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحادة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه قتل بالثقل فيكون
في معنى المنخنقة وقوله عليه السلام لقد اردت ان تميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح
ان التحديد للذبح وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء ادب ساقط لان الوهم في
ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه بمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالكسر
والفتح والضم لغة فيه فسره المص رح بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال
هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الانسان الحيوان مركب من عظام وعصب
وعروق وهي شرايين واوتار وما ثمة شي يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المص رح الاصل الجامع في افادة معنى
الكراهة وهو كل ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة قال ومن استانس من الصيد فذكاته

الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا يصار اليه الا عند العجز عن الثاني وهذا مخرج مما ذكره في الكتاب
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقال مالك رح لا يحل الاكل
بذكاة الاضطرار في الوجهين يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له وقلنا لا نسلم
الندرة ولئن سلمنا فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق وقوله في الكتاب يريد القدوري وكلامه واضح والنحر
قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره الثاني
والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله لمعنى فيه اي في غير الذبح وهو ترك السنة وقوله اشعر
نبت شعره مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث الذي استدل به لانه لا يصلح الا
لانه روي ذكوة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال لانه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك
لانه اقوى في التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكوة الجنين كما
في قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى ان عظم الساق منك دقيق

فصل

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لان المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشيء يقدم عليه في الذكر وكلامه
واضح وانما ذكر اوصاف السبع ليبني على ذلك قوله كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم
والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم
فالمراد بذي المخلب ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه
من الارض كالاسد والذئب قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب لانهما يقاتلان به فلا يوكل
لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه
انه سئل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقيل ايوكل لحمه فقال نعم فقال اشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال نعم فلا يكون حجة وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طائر ابلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا
يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلثة نوع يلتقط الحب ولا
ياكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا ياكل الا الجيف وهو الذي سماه المص رح الابقع الذي ياكل الجيف
وانه مكروه ونوع يخلط ياكل الحب مرة وياكل الجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة
مكروه عند ابي يوسف رح قوله وكذا الغداف وهو غراب القيظ لا يوكل واصل ذلك ان ما ياكل الجيف
فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما ياكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق
فلا باس باكله عند ابي حنيفة رح وهو الاصح لان النبي عليه السلام اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله
اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني انه ذو ناب وقوله وهي حجة على الشافعي رح يعني نهي
النبي عليه السلام وانثه لتانيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام سئل
عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احلله ولا احرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال
اكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حراما لما اكل اجيب بان الاصل ان المحرم
والمبيح اذا تعارضا ترجح الحاظر على ان المبيح ماول بما قبل التحريم ولا يوكل الحمر الاهلية لما ذكره في الكتاب وذهب
بشر المريسي الى الاباحة ونقل ذلك عن مالك تشبثا بما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن ذلك فقالت قوله
قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية وبحديث غالب بن ابجر قال قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا حمير

فقال عليه السلام كل من سمين مالك واستدلالا بأكل الوحش وهو ضعيف اما الاول فلجواز ان يكون قبل حرمة لحم
الحمير والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه مأول بأكل ثمنها واما
الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قايم فبطل القياس
قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح كلامه واضح وتقدم من على قوله والحكيم لا يترك الامتنان
باعلى النعم ويمتن بادناها بانه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي ان لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في ان ترك
اعلى النعم والامتنان بالادنى دونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك وقوله والاول يعني كون الكراهة للتحريم
اصح لانه روي ان ابا يوسف رح سأل ابا حنيفة رح اذا قلت في شيء اكرهه فما رأيك فيه قال
التحريم ومبنى اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة رح على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص
بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل
على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف رح قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل
من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي وهو الذي يموت في الماء حتف انفه
من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك قوله والحجة عليه ما روينا يعني قوله
عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الى آخره وقوله ويتفرع عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى
منها انه لو وجدت في بطن السمكة سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان
قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان
جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها كذلك وان كانت
لا يؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهو لا يقدر
على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء لتأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس باكلها وهو في
معنى ما انحسر عنه الماء وقال النبي عليه السلام ما انحسر عنه الماء فكل وقوله وفي الموت بالحر والبرد
روايتان احديهما انها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو القاه الماء على اليبس والاخرى انها
لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من اسباب الموت في الغالب واطلق القدوري
رح الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة رح لا يحل وعلى قول محمد رح يحل
والله اعلم

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح
لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة
وكان اصلها اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء
في الياء وكسرت الحاء لثبات الياء وتجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي رح وفيها اربع لغات
اضحية بضم الهمزة وكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا واضحاة وجمعها اضحى كارطاة
وارطى وقال الفراء رح الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت
مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها ستذكر في اثناء الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر لان
السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون سببا وكذا
اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف

السبب الى الحكم في يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت
امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلوة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب
لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية
في اول يوم النحر ولم يذبح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه
الاضحية فلو كان بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك
النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها بملك قيمة ما يصلح للاضحية
ولم يجب الا بملك النصاب فدل على انه وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها
بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة
مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك
وليس كذلك لان القربة في المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمعنى ان يتصدق باللحم فقد حصل
النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق فحصل الاتلاف واما حكمها فالخروج عن عهدة
الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال والاضحية واجبة كلامه
واضح والجامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف رح وقيد بقوله في الوظايف المالية احترازا عن
البدنية كالصلوة والصوم فانهما يختلفان فيهما لان المسافر يلحقه المشقة في ادائهما والعتيرة ذبيحة
كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ قوله ومثل هذا الوعيد
لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله عليه السلام من ترك سنتي لم تنله شفاعتي واجيب بانه محمول
على الترك استخفافا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد يجب القتال به لان فيه ترك الاذان وكذا
مقاتلة في غير الحمام وقوله لان الاضافة للاختصاص ظاهر وقوله وهو اي الاختصاص بالوجود لانه اذا
لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر
الى الجنس لان الظاهر انه يجمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض
بان السنة ايضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة واجيب
بان الوجوب افضى اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير ان الاداء اختص باسباب اي شرائط
يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تعين لا السفر
قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف الا يرى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي تبلغ
قيمة الاضحية ولا مثلها فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو اقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله
والمراد بالارادة جوابا عما استدلوا به من قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله عليه السلام
من اراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلوة فليتوضأ وقوله والعتيرة
جواب عما استشهدوا بها وقوله على ما قيل يشير الى ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير
المصنف وذكر في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت الناقة او الشاة ذبح اول ولد فأكل واطعم
منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه السلام كتب علي الاضحية ولم يكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها
سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس

واجبة واجب من الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك
الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين
وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله
وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشرط المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانها قربة
الاداء يختص باسباب يشق على الناس استحضارها وقوله لما روينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم
يضح الحديث وقوله سببية معتادة اي مقدار الوقت وقوله لا يجب عن ولده يعني سواء كان صغيرا او
كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليها الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انها يجب عليه وقوله
والاصح ان يضحي من ماله اي من مال الصغير ويأكل اي الصغير من الاضحية التي هي من ماله ما امكنه ويبتاع
بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام رح وهكذا روى ابن سماعة
عن محمد رحمهما الله وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف احد واما في لحمها فليس له ذلك لان الاطعام
بالكل قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة كلامه واضح قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم
اقل من السبع لا يجوز كما اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب
المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله يجوز في الاصح احتراز عن قول بعض
المشايخ انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية واذا
لم يجز البعض لم يجز الباقي وجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد
رحمهما الله وقوله الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع
ومع الاخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى
التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود العدد والجنس وقوله وقد امكن يعني دفع الحرج لان بالشراء
للتضحية لا تمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها الخ وقوله وما روينا حجة على الشافعي فيهما
اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول
ما قبل نحر الامام وما بعده قوله ولو ضحى بعدما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة
ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعل علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة وقوله اجزأه استحسانا
يشير الى انه لا يجوز قياسا لان اعتبار اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي
العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله وقيل جائز اي
العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ان المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة
هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام كلامه واضح
قوله ويجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا يدخل
الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع
الفجر من يوم النحر على ما ذكره في الكتاب وهو يوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يدخل
في ليلة النحر الثالثة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي

تبع للايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصدق بثمن
الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية او سنة في احد قولي ابي يوسف رح والتصدق
بالثمن تطوع محض ولا شك في افضلية الواجب او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا
بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك ان الجمع بين
القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلوة والطواف ظاهر فان الطواف
في حق الافاقي لفواته افضل من صلوة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلوة في حقه افضل
ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه
الشاة سواء كان الموجب فقيرا او غنيا او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق
بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى او لم
يشتر لانها واجبة على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات
وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة
تقضى بعد فوتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه
في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعجفاء هذا بيان ما لا يجوز
التضحية به والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عن يسير
العيب واليسير ما لا اثر له في لحمها وللعوراء اثر في ذلك لانها لا تبصر بعين واحدة من
العلف ما تبصر بالعينين وقلة العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين
عرجها هي ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على
الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي اي مخ من شدة العجف وبقية
كلامه واضح قوله وقيل معناه قولي قريب من قولك اي قولي الاول وهو ان الاكثر من الثلث مانع
لا ما دونه اقرب الى قولك الذي هو ان الاكثر من النصف اذا بقي اجزاه بالنسبة الى قول من يقول
ان الربع والثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد
تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو في اول الكتاب وقوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الا يرى
ان التضحية بالابل جائزة ولا قرن لها والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سود
والوجاء نوع من الخصاء وهو ان يدق العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله فتعينت يعني هذه
الشاة المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب الزكوة فانه اذا هلك بعدما وجبت الزكوة فيه يسقط
بقدره ولا يضمن رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا
المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب وعلى هذا الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع
لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير ذبحها لان الوجوب عليه بالشراء رح وقد تعدد
وهذا الذي ذكره من الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رح ان
المشتري ان كان موسرا لا يتعين واجبا بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا
ففي ظاهر رواية اصحابنا يجب وروى الزعفراني عن اصحابنا رحمهم الله انها لا يجب وهو رواية النوادر

فانكسرت رجلها من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا اصابه عيب آخر غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضجاع
للذبح كان الحكم كذلك واما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لانه تأدى الواجب بالتضحية
لا بالاضطجاع وهى معيبة عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله ولانه حصل بمقدمات الذبح دليل
محمد رح ودليل ابى يوسف رح ان الفور لما انقطع خرج الفعل الذى تعيبت به من ان يكون سببا من اسباب
هذا الذبح الذى وجد بعد الفور فصار كأنه ما حصل بفعل آخر قال والاضحية من الابل والبقر والغنم
واضح وقيد بقوله فى مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا فى النهاية
وقوله لانها هى الاصلية والتبعية لا تزاحمها ولهذا يتبعها فى الرق والحرية وهذا لان المتفاصل من
الفحل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله لكن
من شرط ان يكون قصد الكل القربة لان النص ورد على خلاف القياس فى ذلك فان قيل النص ورد فى
الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهة القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر رح
ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز
الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة لانه ليس فى معناها واذا بطل فى ذلك بطل فى الباقى لعدم
التجزى وقوله لما بينا انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفى القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى
وبعض الاراقة وقع نفلا او لحما فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف
العكس والاراقة قد يتغير للحم مع نية القربة اذا لم يصادف محلها او كانت فى غير وقت الاضحية والاراقة
للحم لا يكون قربة بحال قال ويأكل من لحم الاضحية الاضحية اما ان يكون منذورة او لا فان كان
الثانى فالحكم ما ذكره فى الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان يأكل منها ولا ان يطعم الاغنياء
لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما
روينا يعنى قوله عليه السلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو
الذى يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله كالخل بالخاء المعجمة والمهملة والابازير التوابل جمع ابزار بالفتح
وقوله فى الصحيح احتراز عما قيل انه ليس له فى اللحم الا الاكل او الاطعام فلو باع بشئ ينتفع به بعينه لا يجوز
والصحيح ما قال شيخ الاسلام رح ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشئ ينتفع به بعينه جاز ذكره ابن سماعة
عن محمد رحمهما الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس بلبسه وقوله لان القربة انتقلت الى بدله لان ذلك
البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله لانه فى معنى البيع لان
كل واحد عقد معاوضة قوله من دبرها كل دبر تمام الحديث اما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع فى
ميزانك وسبعون ضعفا فقال له ابو سعيد الخدرى رض هذا لآل محمد خاصة ام لآل محمد وللمسلمين
فقال عليه السلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله حتى وجب عليه ان يضحى بها بعينها فى ايام النحر
اى فيما اذا كان المضحى فقيرا ويكره ان يبدل بها غيرها اى فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية
هكذا وجدت بخط شيخى رح وقوله فصار كما لو باع الاضحية يعنى لانه لو باع اضحية واشترى بثمنها غيرها
فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها
كله وقوله ومن غلط لحم اضحيته غير متصل بقوله وان تشاحا يعنى ان تشاحا من التحليل كان كل واحد

منهما مستهلكا لحم اضحية صاحبه ومن استهلك لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما
ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانه ملكها بسابق الغصب يعنى فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفى
للتضحية لا يقال الاستناد يظهر فى القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحى
لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح ان يقال يظهر الاستناد فيها او لا
يظهر فان الملك ثبت فى الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فيكون الاراقة والتضحية واقعة
على ملكه

كتاب الكراهية

ايراد الكراهية بعد الاضحية
لان عامة مسائل كل واحد لم يخل من اصل وفرع يرد فيه الكراهية الا يرى ان فى وقت الاضحية من بيان
وفى التصرف فى الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفى اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفى كتاب
الكراهة ايضا كذلك قوله واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول ابى حنيفة رح فى رواية
هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مما لا باس به واكل لحمه محرما مع ان لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد
من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما
ان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك فى اللبن فكان شربه مما لا باس به وقوله
عليه السلام انما يجرجر فى بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته فى حنجرته
ونار منصوب على انه هو المحفوظ من الثقات وقوله لانه فى معناه اى لان الادهان من آنية الذهب
فى معنى الشرب منها لان كلا منها استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم
هو ان يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه
على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية رح كذا ذكره صاحب الذخيرة رح فى الجامع الصغير وهى رواية
مخالفة لما ذكره المص رح فى المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل منها جزء للاكتحال ومع ذلك فقد
ذكره فى الجهات المضببة المشدودة بالضباب جمع ضبة وهى حديدة عريضة والمشحذ المسن والثفر
ما يجعل تحت ذنب الدابة ولابى حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع حكى ان هذه المسألة وقعت فى دار
ابى جعفر الدوانقى بحضرة ابى حنيفة وائمة عصره رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابى حنيفة رح ما تقول
فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال أرأيت لو كان فى الاصبع خاتم فضة
فشرب من كفه ايكره فوقفت كلهم وتعجب ابو جعفر رح قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا كلام
واضح وقوله لانه لما قبل قوله فى الحل يعنى فى قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل فيه الحرمة
لان الحرمة مرتبة على الحل حالا ومالا وفى رواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله لما قلنا
راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء وقوله ولا يقبل فيها اى فى الديانات قول
المستور وقوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به يعنى اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية اصح لانه لا
بد من اعتبار احد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدالة وقوله حتى يعتبر
فيها اى فى الفاسق والمستور اذا اخبر بنجاسة الماء اكبر الرأى وقوله ويقبل فيها اى فى الديانات
قول العبد والحر والامة لان خبرهم ملزم فى امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار
لانه يلزم بنفسه اولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله ما ذكرناه اشارة

الى الهدية والاذن وقوله فان كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به يعني حكما لا في الاحتياط والاحتياط
في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح احد الوجهين قيل الاصل الطهارة اذا لم يتضمن زوال الملك
كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يعتبر فيها قول العدل فلا يحل الاكل والاطعام لانها حق الله
فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة
بطلان الملك واما اذا تضمن زوال الملك فلا يقبل كما اذا اخبر رجل وامراة عدل للزوجين بانهما ارتضعا
من لبن امراة واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين او رجل وامراتين لان الحرمة ههنا مع بقاء
النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل فقد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اي قول المخبر
في الحل اولى ان يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه
متناقضا اجيب بان ذلك كان ضمنيا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان
المراد ههنا ما كان قصديا قال ومن دعي الى وليمة او طعام قيل الوليمة طعام العرس
والغناء بالكسر السماع وقوله كصلوة الجنازة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم
فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة الواجب
لورود الوعيد على تاركها قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه
التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على
المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله عليه السلام من راى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث
وقوله ولو كان على المائدة ينبغي ان لا يقعد يشير الى ان ما تقدم انما جاز اذا كان المغني في ذلك
المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المحنة واما اذا كان على المائدة وكان قاعدا مع القوم
الظالمين وقوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا اطلق اسم اللعب والغناء فوجد
نص تحريم اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما
الحيوة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما
استثناه النبي عليه السلام في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته
مع اهله وقيل يضرب القصب حتى يخشى التحاش وقوله وكذا قول ابي حنيفة رح معطوف على قوله
المسئلة فصل في اللبس لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل
ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال لا يحل للرجال لبس الحرير
ويحل للنساء لما ذكر الحرمة في الحل واستدل على الحرمة بقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة
وهو عام في الذكر والانثى لزم ان يقول واما الحل للنساء فبحديث آخر فان قيل الحديث الدال على حله
لهن اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا
او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمال
اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك اية قاطعة على تاخره فينتسخ به الحديث ولكن
النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله عليه السلام هذان حرامان اشارة الى جزئيتين فاين
العموم اجيب بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره يلحق به بالدلالة وقوله وقال لا يكره يعني

للرجل والمراة بخلاف اللبس وقوله ولنا العمومات يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في
الاخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه اذ استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض
عنهم فقالوا لم اعرضت عنا فقال لاني ارى عليكم ثياب اهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله
والجامع كونه نموذجا يريد به ان المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد في الاخرة منه ليرغب في تحصيل
سبب يوصله اليه وقوله لا فصل فيما رويناه يريد به قوله عليه السلام هذان حرامان على ذكور امتي وقوله والخز
مسدى بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وجملة وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول
ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة رح لا يجوز
وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا باس بلبسه في الحرب
وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني
وهو مباح في الحرب للضرورة وهي ايقاع الهيبة في عين العدو والبريق ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في
غيره فيكون مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة وروى هشام
عن محمد رحمهما الله انه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا باسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم
وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم وابو حنيفة رح كان
يرتدي برداء قيمته اربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده قال
ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما رويناه من قوله عليه السلام هذان حرامان على
ذكور امتي ولا بالفضة لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الاية ولانه يقتضي
ان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فيجوز التقييد به وقوله وقد جاء في اباحة
ذلك آثار هو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه مكتوب ونقشه محمد سطر ورسول
سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم
ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه
النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده صلى الله عليه وسلم الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر رض
الى ان توفي ثم في يد عمر رض الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رض حتى وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما
في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لان الحصر فيه ومن
الناس من اطلق منهم شمس الائمة السرخسي رح فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي عليه السلام
ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على التحري به ولانه يتخذ منه
الاصنام فاشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه وقوله لما روينا اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس
من جوز التختم بالذهب لما روينا عن البراء بن عازب رض انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته وكونه نموذجا حل كذا
في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رض ان النبي عليه السلام نهى عن ذلك وروي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال لا البسه ابدا فرماه الناس وقوله ويجعل الفص الى باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

لان ابا يوسف ... فان قيل قوله عليه السلام هذان حرامان على ذكور امتي

بهذا وقوله وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما يعني اختلف المشايخ رحمهم الله في قول ابي يوسف رحمه الله فمنهم من ذكر
قوله مع ابي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الامالي مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام جمع
كلب كانت عنده وقدامه وقوله هو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان لدفع الاذى
عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يتمسح ومنهم من يقول بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه
وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان
الرجل اذا خرج في سفر عمد الى غصن شجرة يقال له الرتم فيشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة
قال لم تخني امرأتي وان اصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات اوان الليث ذكر الرتم بمعنى
الرتيمة وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتم قال الشاعر اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم
فليس بمغن عنك عقد الرتائم والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار
والتلعاب بمعنى الهذر واللعب **فصل في الوطء والنظر واللمس** مسائل النظر
اربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والاولى على اربعة
اقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره
الى الامة الغير **قال** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية القياس ان لا يجوز ان ينظر الرجل الى
الاجنبية من قرنها الى قدمها واليه اشار بقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض
المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا
لكونه ارفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس رضي
الله عنهم بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما وقوله ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة دليل
معقول وهو ظاهر والاثر لك القصاص وقوله فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله عليه السلام
لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية ان يتبعها عن شهوة
ابصرها فانها احرى ان يؤدم بينكما اي يوفق قاله للمغيرة بن شعبة يعني لما اراد ان يتزوج المرأة
والخافضة للجارية كالخاتن للغلام يعني ان الخافضة والختان ينظران الى العورة لاجل الضرورة
لان الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجال ان ينظر الى موضع الاحتقان
لانه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله واذا جاز الاحتقان
جاز للحاقن النظر الى موضعه **قال** وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثاني من اصل القسمة
قوله خلافا لما يقوله ابو عصمة يعني سعد بن معاذ المروزي ان السرة احد حدي العورة فيكون من العورة
كالركبة قيل عليه ان ما نقله عن ابي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على من يقول ان الركبة
عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب
فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والمآخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي
غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استدلالا بالغاية فانها لا تدخل
تحت المغيا عنده والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السوأة دون ما عداها لقوله
تعالى فبدت لهما سوآتهما فالمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد
ابن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه على العادة قوله لانه لا معتبر بها اي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد
ابن الفضل رحمه الله متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه جواب عن قول
الشافعي رحمه الله ودليل على كون الركبة عورة وقوله وابداء الحسن بن علي جواب عن قول ابي عصمة والشافعي
وقوله وقال عليه السلام الفخذ عورة جواب عن قول اهل الظاهر وقوله ولان الركبة دليل معقول على كون الركبة
عورة والباقي ظاهر قوله لانهما اي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله ويجوز للمرأة ان تنظر من
الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله ووجه الفرق اي فرق ما ذكره في الاصل
من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق
غالبا الا ترى ان وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الظن لا بتحققهما وان
ابا حنيفة رحمه الله جوز الصلوة في السفينة قاعدا لان دوران الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا
نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها
اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض
انه لم ينظر ولا اعتبارا لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين في الافضاء
الى المحرم اقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة **قال** وتنظر المرأة من المرأة هذا هو
القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة ان تنظر اليه من المرأة
لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى
الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية اي في الحمام وهذا دليل على انهن لا يمنعن عن الدخول
في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء
وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة
الرجل لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا احوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال
في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا اشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه
يعني الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف والاول اصح لان نظر الجنس اخف
وينظر الرجل من امته هذا هو القسم الثاني من اقسام نظر الرجل الى المرأة والشارح في رعاية الترتيب
في كلام المصنف رحمه الله ظاهره وقيد بقوله من امته التي تحل له لان حكم امته المجوسية والتي هي اخته من الرضاعة
حكم امة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فينتفي بانتفائه
والعير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان للاهلي نوع ستر من الاقتاب والثفر وقد قيل هو
الاهلي ايضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى ان ينظر يعني وقت الوقاع وروي عن ابي يوسف رحمه الله
في الامالي قال سألت ابا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته او تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى
بذلك بأسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر **قال** وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم
الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز
دون بطنها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنبية في النظر وهو يحتج

بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته انت علي كظهر امي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار
تشبيه المحلل بالمحرم وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة ذكر الحال واراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء
ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المتصل اولى وذلك كقوله تعالى ولا تقل لهما اف في حرمة تعرض محلها
وقوله وهي ما ذكر في الكتاب يريد به الوجه الى اخره ويدخل في ذلك اي في مواضع الزينة المدلول عليها بالاية
الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة اما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل
والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد
موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال
والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقي كلامه واضح
وقوله لوجود المخلصين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه اي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله او سفاحا
لان اختلاف المشايخ رحمهم الله في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا قال لا
يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق
النعمة لانه لما ظهرت خيانته حتى لا يؤمن ثانيا والاصح انه لا بأس بذلك لما بينا انها محرمة عليه على التأبيد
ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه وقوله ولا بأس
بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة وانتفاء
المانع وهو فقد الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله ولا بأس وكلمة فوق في قوله
عليه السلام فوق ثلثة ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلثة ايام ايضا فكان كقوله تعالى فان كن
نساء فوق اثنتين وان جاوزت المسافرة بهن جاوزت الخلوة لان في المسافرة خلوة وقوله فان
احتاج الى الاركاب اي اركاب ذوات المحارم والاصل في ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان اللمس
فوق النظر لكنه جاز لان النبي عليه السلام كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح
الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الانتفاء عن الشهوة وما امكن قال
وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا اخر الاقسام من كلامه واضح وقوله علاها اي ضرب علاوتها
وهي رأسها بالدرة وقوله خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الى ما دون السرة الى الركبة دون
ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا في موضع
المئزر وتعامل اهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها
يعني اذا امن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم
واليه مال شمس الائمة وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم والشهيد وفي الاركاب والانزال
اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن يعني التي لا مدفع لها وفي المحارم مجرد الحاجة اي نفس الحاجة لا الضرورة
وقوله ولا بأس بان يمس ذلك اي المواضع التي لا يجوز النظر اليها اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي
كذا في المختصر واطلق في الجامع الصغير فقال رجل اراد ان يشتري جارية لا بأس بان يمس ساقها
وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح وقوله وكذا الخنثى في الوجوه [illegible]

يعني من لم يكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء
فانه رخص بعض مشايخنا في تركه مع النساء استدلالا بقوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة
من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به الابله
الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما همه بطنه اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان يقول قوله تعالى
او التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم محكم فنأخذ به واليه
اشار المصنف بقوله والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو
قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء اي لم يطلعوا اي لا يعرفون العورة ولا
يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله
تعالى او ما ملكت ايمانكم وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله به قال سعيد اي سعيد بن
المسيب وسعيد بن جبير رحمهما الله قال في النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين
وغيرهما سمرة بن جندب لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون
بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى وما ملكت ايمانكم لزم التعارض
وعورض بان نظر الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله او نسائهن فلو حملت هذه الاية على الاماء لزم
التكرار واجيب بان الاماء لو لم يكن مرادة من قوله تعالى او نسائهن وجب ان لا يكون مرادا من قوله تعالى او
ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على احد ان للامة
ان تنظر الى سيدتها كالاجنبيات والملك وان لم يزد توسعة فلا اقل ان لا يزيد تضييقا واجيب عن
الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة ان تتجرد بين مشركة او
كتابية كذا عن ابن عباس رضي الله عنه والظاهر انه اريد بنسائهن من في صحبتهن من الحرائر مسلمة كانت او غيرها
والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن الاماء وعن
الثاني بان حال الامة يقرب من حال الرجال حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل انها يباح لها التكشف
بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء
والباقي واضح

فصل في الاستبراء

اخر الاستبراء لانه احتراز
عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية اي طلب براءة رحمها من الحمل واوطاس موضع
على ثلث مراحل من مكة كانت به وقعة النبي عليه السلام والاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه
فبحديث سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وجه الاستدلال
انه عليه السلام نهى عن الاستمتاع ابلغ نهي مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون
الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص واما علته فهي ارادة
الوطء فانه لا يحل الا في محل فارغ فيجب معرفة فراغه واما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة
للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان
لا يكون من زنى وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها
حملا للحال على الصلاح انما الحكمة لا يصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه واما العلة فههنا فكذلك

لان الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو
التمكن من الوطي فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه
وجودا وعدما تيسيرا هذا في المسبية ثم تعدى الحكم الى ساير اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث
والخلع بان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان جعلت بدلا فيها فان قيل الموجب ورد في المسبية على خلاف
القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكما وعلة وسببا
فالحق بها دلالة واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من الصبي بان باع ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق
الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة وممن لا يحل له
وطيها لكونها اخته رضاعا او وثنية وهي موطوءة ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث
الملك واليد ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف رح يجتزأ بها لحصول المقصود وهو
تعرف البراءة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة
بعدها اي بعد اسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان السبب استحداث الملك واليد
وهي انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ولا يجب الاستبراء في الآبقة يعني التي ابقت
في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند
ابي حنيفة رح لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم ملكوها وقوله ويحرم
الدواعي لافضائها اليه اي الى الوطي كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطيها وحرم دواعيه لافضائها اليه
وقوله ولم يذكر الدواعي في المسبية يعني في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها لا تحرم واستشكل ذلك حيث
تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها
واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي
ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه
وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية احتمال الافضاء
والوقوع في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة يؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه
بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق ولا حكم للدليل لم يكن للملحق
لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء
رحمهم الله فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم يعتبر ولما كان في غيرها امران تعاضدا فاعتبرت
وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى
قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله وان ارتفع حيضها اي امتد طهرها في اوان الحيض
لا يطؤها حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة
يدل على ان الحبل لو كان لظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رحمهما الله
الا ان مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين او بثلثة على ما ذكر في الكتاب وقيل والاول اصح
انه يتركها بشهرين او بثلثة لظهور الحبل في ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها لعدم

يعني يشتريها ويقبضها اذا زوجها البائع او قبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن
يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتياطا علينا لا عليه والحيلة في تمشية هذه الحيلة ان يزوجها
على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لانه ان طلقها قبل
كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد رح لانه اذا طلقها قبل القبض واذا
قبضها بحكم العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه
الاستبراء وقوله اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء لان القبض اذ ذاك ليس بممكن من الوطي
والتمكن منه جعل العلة الاصلية ان تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله
كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء
لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث
لم يجب بعده لعدم تجدد السبب **قال** ولا يقرب المظاهر ولا يلمس هذه المسئلة ليست من مسائل
الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء الى حرمة
الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه
من غيره وقوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال في النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في
كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف
ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رح علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتان
اختان فقبلهما هذه ثلثة اوجه اما ان قبلهما او لم يقبلهما او قبل احديهما فان لم يقبلهما اصلا
كان له ان يقبل ويطأ ايتهما شاء سواء كان اشتراهما معا او على التعاقب وان كان قبل احديهما
كان له ان يطأ المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلهما بشهوة قيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون
معتبرا فالحكم ما ذكره في الكتاب وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا بالاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين
الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما آية يعني قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما آية يعني
قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو
ملك اليمين قال المصنف رح ولا تعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم لانه لا يجوز ان يكون
المراد الجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطي فحرمة الجمع بينهما نكاحا
دليل على حرمة الجمع بينهما وطيا فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في كونها
ازالة وقوله في هذا اي فانه يحل وطي الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى
حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطي الاخرى واجيب
بان الحل يزول بالكتابة وطيها يلزمه العقر بوطيها فحصل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له
ان يطأ الاخرى وقوله ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل الخ واضح وعن عطاء رضي الله عنه

مسئلة

فقال اول من عانق ابراهيم خليل الله صلوات الرحمن عليه كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح
قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم
خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو اول من عانق

ابو منصور رح وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف بقوله في ازار واحد
فانه سبب يفضي اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس به وعن سفيان رح تقبيل يد العالم
سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى انس رض ان النبي عليه السلام كان يكره القيام
وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم رح انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم
فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة
العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

فصل في البيع

اخر فصل البيع من فصل الاكل والشرب واللبس والوطي
لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم قال
ولا بأس ببيع السرقين كلامه واضح وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة
الخالصة يجوز وقوله على اي وصف كان يعني حرا كان او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امرأة وقوله لما
حررنا قبيل يعني في فصل الشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات يقبل
من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل
قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان مبنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد
على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته او لوجاهته وقوله لان اكبر الرأي يقوم
مقام اليقين يعني فيما هو اعظم من هذا كالتزوج والزنا الا يرى ان من تزوج امرأة فادخلها
عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق
وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رأيه انه لص قصد
قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بذلك وقوله الا ان يكون مثله لا يملك مثل
ذلك كدرة في يد فقير لا يملك شيئا او كتابا في يد جاهل لم يكن في ابائه من هو اهل لذلك فح يستحب
له ان يتنزه وقوله وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا الكلام مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان
فرأى آخر يبيعها يعني ان الآتي بالجارية اذا كان عبدا او امة وقال للآخر وهبتها منك او بعتها منك
فليس للآخر ان يقبلها منه ولا ان يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافي للملك وهو الرق معلوم
فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله وان لم يكن له رأي لم
يشترها القيام الحاجر بالراء المهملة اي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو ان امرأة اخبرها ثقة
ان القاطع اذا كان طاريا ولا منازع للمخبر يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان
لم يكن لا بد من انضمام اكبر رأي المخبر له او اخطر في ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لان القاطع
طارئ فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلا يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في
افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها
ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب
وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى منه والباقي واضح قال
واذا باع المسلم خمرا كلامه واضح وروي عن محمد رح انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي

الا كما هو

بجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته او لوجاهته

شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله

فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه وقوله ويكره الاحتكار
الاحتكار افتعال من حكر اي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلاء وقوله فان تلقى فهو مكروه في
الوجهين يعني في الاضرار وعدمه وقوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا قفيزا بمائة وهو
يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله يعالج لدفع ضرر عام يعني كالطبيب الجاهل والمكاري
المفلس وقوله وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون
الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء واضح ولكن في لفظ الكتاب
اشتباه وذلك لان عقد الوديعة فلا فرق بين صورة الوديعة والقرض ويجوز ان يجعل قوله يأخذ منه
ما شاء خارجا مخرج الشرط يعني وضعه بشرط ان يأخذ منه ما شاء فاما اذا وضعه ولم يشترط
شيئا فهو وديعة ان هلك لم يضمن شيئا

مسائل متفرقة

التعشير جعل العواشر في المصحف
وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر ايات واختلفوا في تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد به نقط المصاحف
فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو امر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا
باطل وقيل انه حث على ان لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى
وليسوا بمأمونين عليها وقوله وقد ذكرناه من قبل يعني في فصل القراءة من الصلوة وقوله ولا بأس
بعيادة اليهود والنصارى قيد بهما لان في عيادة المجوسي اختلافا بين المشايخ فمنهم من قال لا بأس
به لانهم من اهل الذمة وهو المروي عن محمد رح ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى
الا يرى انه لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح
انه لا بأس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح قال ومن كان في يده
لقيط لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة
في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها
ان ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها قيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في
فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت
ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام واموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله واجارة
الصغار في اكثر النسخ وهو رواية القدوري وفي رواية واجارة الاظئار وكلامه واضح وقوله ولا يجوز
للملتقط ان يؤاجره يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية
القدوري كما تقدم والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظئار كما مر
ومنهم من وفق بينهما بحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه فقد
الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله ولا يجوز ذلك للعم يعني وان كان في حجره
وقوله ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد
وقوله ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية الراية الغل يجعل في عنقه علامة يعلم بها انه آبق
قال في النهاية واما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم لندرة الاباق واما
في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وقوله يريد به التداوي احترازا عما لو اراد به التلهي

فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته اى باباحة التداوى الحديث قال النبى صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله
فان الله تعالى ما خلق داء الا وخلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب
الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم رضى الله عنها وهزى اليك بجذع
النخلة مع قدرته على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام وقوله الا انه لا ينبغى ان يستعمل المحرم
كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له
دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل
ان عبد الله قال ذلك فى داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال ينكشف
الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال قال ولا بأس برزق القاضى
اذا قلد السلطان رجلا القضاء لا بأس ان يعين له رزقا بطريق الكفاية لا ان يشرطه ذلك فى ابتداء
التقليد لان النبى عليه السلام بعث عتاب بن اسيد رضه الى مكة وفرض له اربعين اوقية فى السنة والاوقية
بالتشديد اربعون درهما وتكلموا انه صلى الله عليه وسلم من اى مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين
ولا بيت المال فان الدواوين وضعت فى زمن عمر رضه فقيل انما رزقه من الفئ وقيل من المال الذى
اخذه من نصارى نجران ومن الجزية التى اخذها من مجوس هجر وقوله على اختلاف معروف فى نفقة
المرأة يعنى على قول محمد رح يجب رد حصة ما بقى من السنة وعلى قول ابى يوسف رح لا يجب قاسوا على نفقة
الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج فى نصف السنة ردت نفقة ما بقى عند محمد رح خلافا
لابى يوسف رح وقوله ولا بأس ان تسافر الامة الى آخره قيل هذا كان فى الابتداء اما الآن فيكره ذلك
ذلك لغلبة اهل الفسق وقوله وقد ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله واما الخلوة
بها والمسافرة فقد قيل يباح كما فى المحارم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان فى مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره
ومن محاسنه التسبب فى الخصب فى اقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة
فهى له وشروطه ستذكر فى اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك المحيى ما احياه
قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضى شبه ما لا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه
او لغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك بان غلب عليه الرمال او صارت سبخة بالميت من الحيوان التى بطلت
منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به قوله فما كان منها عاديا ليس المراد به
ما يقتضيه ظاهر لفظه من ان يكون منسوبا الى عاد لان عادا لم يملك جميع اراضى الموات ولكن مراده ما قدم
خرابه كما ذكره فى الكتاب وقوله او كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه قول بعض المشايخ وقال
بعضهم الاراضى المملوكة اذا انقرض اهلها فهى كاللقطة وقوله واذا لم يعرف مالكه فهى لجماعة قول محمد رح
وقوله فيكون الحكم فيه اى على القرب مرجع حكمى منهم من قال قريبا بقوله ثم احياه واضح وقوله وانه
يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والآخر اذن
فالاول كقوله عليه السلام من قاء او رعف فى صلوته فلينصرف والآخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه
اى للامام ان يأذن للغازى بهذا القول فكان ذلك منه عليه السلام اذنا لقوم مخصوصين فيجوز ان يكون قوله

بجواز الاستشفاء بالمحرم

بعث النبى عليه السلام عتاب الى مكة وفرض له اربعين اوقية فى السنة والاوقية بالتشديد اربعون درهما

عليه السلام من احيا ارضا مواتا فهى له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة رح
مفسر لا يقبل فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو ان قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهى له يدل على السببية
الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم وليس فيما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله والاصح ان الاول يزرعها فى الثانى بيانه ان المشايخ
اختلفوا فى ان احياء الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه ابو القاسم
احمد البلخى رح الى الاول قياسا على من جلس فى موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل
حقه وعامتهم الى الثانى استدلالا بالحديث فانه اضاف بلام التمليك فى قوله فهى له وملكه لا يزول بالترك
ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابى حنيفة رح ففيه نظر لانه حمله
على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان
شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله لتعينها لنظره لانه
حين سكت عن الاول والثانى والثالث صار آبيا فى طريقها فاذا احياها الرابع فقد احيا طريقه من حيث
المعنى فيكون له طريق قال ويملكه الذمى بالاحياء المسلم والذمى فى تملك ما احياه سواء
لاستوائهم فى السبب والاستواء فى السبب يوجب الاستواء فى الحكم كما فى سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء
فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على اصلنا كالمسلمين قوله ومن حجر ارضا يجوز ان يكون من الحجر
بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول اعلم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثانى اعلم بمنع
الغير عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها
الى غيره والاصل فيه ذلك ان المشايخ اختلفوا فى كونه مفيدا للملك فمنهم من كان قال يفيد ملكا موقتا
الى ثلث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المص رح اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر
فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضى ثلث سنين فاحياها فانه ملكه على الثانى ولم يملكه على الاول لوجه الاول
ما روى عن عمر رضه ليس لمتحجر حق بعد ثلث سنين نفى الحق بعد ثلث سنين فيكون له الحق فى ثلث سنين
والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره فى الكتاب والجواب عن
استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير ان يتم المسيل هو ما يبنى للسيل ليرد الماء وقوله
فى الاخير يريد حفر البئر ورد الجب وهو ما روى ان رسول الله صلى الله عليه قال من حفر بئرا فله مما حولها
ذراع فهو متحجر وقوله لتحقق حاجتهم اليها ابو حنيفة يعنى عند محمد او دلالة عند ابى يوسف رح وقوله فيما
ما بيناه اشارة الى قوله ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله لا يجوز ان
يقطع الامام يقال اقطع السلطان رجلا ارضا اى اعطاه اياها وخصصه بها وقوله لما ذكرنا اشارة الى
قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها وقوله اربعون من كل الجوانب يعنى يكون فى كل جانب
عشرة اذرع لظاهر قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه يتناول
جميع الجوانب الاربع والصحيح انه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الاول
كيلا يحفر بحريمه احد بئرا اخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب
فان الاراضى تختلف فى الصلابة والرخاوة وفى مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع الضرر والربع

البعير، وقوله ولما رويناه يريد به قوله من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا من غير فصل يعني بين العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح واجيب بان ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في اتخاذ الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى وذروا البيع قيد البيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من الامر فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو يوسف رحمه الله قال حدثنا اسمعيل بن مسلم عن الشعبي انه قال حريم البئر اربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا لا يدخل عليه احد في حريمه ولا في مائه وقوله والعام المتفق على قبوله والعمل به يريد قوله عليه السلام من حفر بئرا لان كل من يفيد العموم الا عند ابي حنيفة رحمه الله من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد به حديث الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ورد عموم القول بان معناه من حفر بئرا للعطن فله مما حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما نرى واجيب بان عطنا ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه ياتي استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففي غير الحفر استحقاقه تركناه به فان قيل ما تركه في الناضح ايضا الحديث الزهري لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه، وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع، وقوله والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كلامه واضح، وقوله ان يطلى ويكبس من باب التجنيس ذكره في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه، وقوله وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز وقوله وبه ورد الحديث يريد به ما روي ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي عليه السلام فجعل له من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه قوله ومن كان له نهر في ارض غيره ذكره في شرح الطحاوي وقال لو ان نهر الرجل وارضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حايل كالحايط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حايل قال ابو حنيفة رحمه الله هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد دفعها اي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى الكري في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام المصنف يناقضه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبئر يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة

وهي موجودة في النهر كما في البئر والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وقوله ان القياس ياباه على ما ذكرناه يعني قوله ان القياس ياتي استحقاق الحريم الى آخره في البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله والحاجة الى الحريم فيه اي في البئر جواب عما يقال يجب ان يلحق النهر بالبئر بالدلالة ووجهه ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى او المساوي والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي في البئر بمعنى التعليب فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فيتعذر الالحاق وقوله ووجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد من جهتهما وقوله ويعدم استحقاقه الى آخره من جهة ابي حنيفة رحمه الله وقوله انما صورة هذه تشير الى ان الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لالقاء طينه في ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب عن قولهما لان الحريم في يد صاحب النهر باستمساك الماء به وهو واضح وقوله والمانع من نقضه جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه تبين بها موضع الخلاف وقوله ليس لاحدهما عليه اي المسناة تاويل الحريم

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقد فصل المياه على فصل الكري لان المقصود هو الماء والشفة اصله شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وضعف النهر بالكسر والفتح جانبه وانث ثلث في قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث لان الفصيح في الكلام اذا لم يذكر المعدود ان يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه السلام من صام رمضان واتبعه ستا من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لا في الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهي الايام انث وقوله عليه السلام يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والانهار واما الكلأ وهو ما لا ساق له فاما ان نبت في ارض مخصوص او انبته فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا ان احدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج صاحب الارض او ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فهي ان اوقد نارا في ارض ليس لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وان يعمل بضوءها واما اذا اراد ان ياخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم او حطب قد احرزه الموقد ليس مما يثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث وقوله حتى لو سرقه انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع بالاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم الآية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف

في النهر

قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير
ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له ان يمنع الاستقاء بسقي المزارع والشجر
ذكره في المبسوط واكثرهم على انه لا يمنع في مثل هذه الصورة لان الشفة مما لا يتضرر بها صاحب النهر والبئر فاما
ما يضر ويقطع فله ان يمنع ذلك وقوله فلهم ان يأخذوا منه الى من الجد ولا التصغير علم من موضع المسئلة
فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ فان منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل
الثياب لان الشركة تثبت في حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله ذكره في الاصح احترازا
عن قول بعض المتأخرين من ائمة بلخ انهم قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث
وقوله لان الماء متى دخل في المقاسم اى في قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة اى بالكلية فصـــل
في كرى الانهار لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان
الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر
العام اخر ذكره ووجه الحصر على الثلثة ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك
او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة واما الآخران فقد
فصل المصنف بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيها وقوله الا انه يجبر له اى للكرى من كان
يطيقه اى الذي يقدر على العمل ويجعل مؤنته اى مؤنة من يطيق على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم
كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله
ويقابله عوض يعني حصته من الشرب فلا ينفعا دفع الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر
العام فيجعل ضررا ويجب السعي في اعلامه وان بقي الضرر الخاص وقوله خيفة الانبثاق يقال انبثق
السيل موضع كذا اى خرق وشق وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود
اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وهو قول ابي بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول
ابي بكر بن ابي سعيد البلخي رحمه الله وقوله فاستوت الجنبتان يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار
في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احدى الجنبتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبي
دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا يجبر لحق الشفة جواب عما يقال ان في كرى النهر الخاص احياء
حق الشفة للعامة فيكون في التركة ضرر تام فينبغي ان يجبر الآبي على الكرى دفعا للضرر عن اهل الشفة
وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر لحق اهل الشفة كما لو امتنع
جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكرى لحق اهل الشفة وقوله ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم
وقوله فلا يلزمه انتفاع غيره قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مستعمل
وقوله لانهم لا يحصون يعني فكانوا مجهولين فصـــل في دعوى الشرب
والحكم فيه والتصرف فيه لما اوجب قواعد مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب يجوز
دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة
الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا يقبل الاعلام ووجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب وقوله تركه على حاله معناه لم يكن له ذلك وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن مستعملا

لاجراء مائه فيه او لم يكن استجاره في طرف النهر عليه اى فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر
او انه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا النهر فاذا اقامها يقضي
له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول او حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت
معاينة وقوله لحكم الاختلاف فيها اى اختلاف المدعيين في الامور المذكورة نظيره اى نظير الاختلاف في
الشرب وقوله لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره معنى بانهم قد استووا في اثبات اليد
على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق فاجيب بان اثبات اليد
على الماء انما هو بالانتفاع بالماء ومن له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق المساواة
في اثبات اليد على الماء اثما وقوله لم يكن له ذلك اى لم يكن لصاحب الاعلى السكر لما فيه اى في السكر من ابطال
حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر وقوله الا انه اذا تمكن من ذلك يعني اذا اصطلحوا على
السكر بين الاعلى يسكر الى ان يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا امكنه اى يسكر بلوح او خشب او بان يكونه
اصحابه يمنع ما فضل من السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر
ولم يصطلحوا على شيء يبدأ اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا لان في السكر
احداث شيء في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا
فكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه اهل اسفل النهر امراء
على اهل اعلاه حتى يرووا لان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن لزمك طاعته
فهو اميرك وقوله والدالية والسانية نظيرها الرحى الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي رأسه
مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يستقى عليه من قائم الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب او الالواح
والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يختص في ملك مشترك فلا
يملك الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم وقوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى الكوة ثقب البيت
والجمع كوى والمراد بالكوى المذكورة ثقوب ويستعمل لفتائح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومغارفه
ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه اى من
فم النهر وهذا تعديه اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم
النهر فاراد ان يؤخرها عن صفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فم النهر بغير لوح ومعنى قوله
يسفل كواه اى يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها الى وجه الارض وقوله وهو نظير
طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من الدار من ليس له
حق في المرور بقوله ساكنها غيره ساكن هذه الدار لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح
بابا الى دار اخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف
النهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدا لي منها وانت في حصتك فتحتها كلها وليس له ذلك
بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض
المدة وربما يضر ذلك لصاحب السفل وقوله لانه اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب
من النهر لعقد جعلها ناصبا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية

البئر

قيد

فللمعيان يرجع متى شاء وقوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفاء
الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته وصدقته لا يستلزم عدم جواز ذلك
الا يرى ان القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية اخت الميراث وقوله
بعينه احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما نذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود
فاذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر
واذا جعل بدلا في الصلح فالمدعي على دعواه وان لم يكن من قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله
الاصح اشارة الى وجوه الاختلاف فان العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال
السبيل في ذلك ان يقال للمتوسمين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال
بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشترى مع الشرب
وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء
فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء بعد بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك ولكن الاصح ما ذكره في الكتاب وقوله
او نحوها ما قال في الصحاح نزت الارض اي ارسلت الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه يلوح الى انه
اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى ارضه سقيا يسقى مثله في العادة وكان ذلك
في نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد
لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبة لاحياء الموات ومن محاسن بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم
ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما بال الحل لازم الى الامم السالفة مع احتياجهم الى
ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا
نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود اجيب
انما لان الشهادة بالخيرية لم يكن اذ ذاك واما التدريج الضاري لئلا ينفر عن الاسلام وسمي هذا
الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها
قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد والمراد بالاشتداد
صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به مالكا والشافعي رحمهما الله
وقوله فيما ذكرناه اشارة الى التي من ماء العنب وقوله في غيره اي واشتهر في غير التي من ماء العنب اذا صار
مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني ان
حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون التي من ماء العنب خمرا
قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث
الشبهة فيكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني وقوله وانما سمي يعني غير التي خمرا لتخمره اي لصيرورته
مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لا ينافي
اختصاصه بالتي من ماء العنب اذ ان يكون المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو
خاص بالثريا وكالقارورة مشتقة من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار فانظائره كثيرة

وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روي عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم احدها قوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث
كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين
فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه حكم
الخمر في حرمته وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرايع لا لبيان الحقايق
وقوله وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطا
ايضا وقوله وهذا اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر وان كان قايلا بحرمة السكر منه لان جحود الكتاب يعني قوله
تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرنا دلالته على ذلك في الاشارة في
شرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطلب ثمه وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه جاءت
عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث كلها يدل على حرمة الخمر وكل واحد منها اذا لم يبلغ حد التواتر
فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة علي رضي الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله وهذا
خواص الخمر يعني دعاء القليل الى الكثير قال في المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء وكان
يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة
المشهورة يعني به ما روي عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا من قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب
ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها
لا يدل على اباحة الانتفاع بها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كان عنده
خيف عليه الشرب ولنا اذا كانت عند مسلم فلا يباح لانه يخللها وقوله والسابع حرمة الانتفاع بها
يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ يعني
بقوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاثة الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام
خواهر زاده هذا اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه
ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو التي من ماء العنب وهذا ليس بني وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا
عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثه الباذق ويسمى المنصف ايضا لانه قال
الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق
غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه
اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله
وهو التي من ماء التمر اي الرطب انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وقوله
على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء وقوله فهو حرام مكروه اراد بالحرام الكراهة اشارة الى
ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله ويدل عليه ما رويناه من قبل
يعني قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة وقوله والآية محمولة على الابتداء اذا
كانت الاشربة مباحة لانها مكية وحرمت الخمر بالمدينة وعلى هذا التقدير ان يكون المراد بالآية الامتنان
كما قال الخصم وقيل اراد به التوبيخ معناه انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا

وقوله فذبنا المعنى من قبيل يزيد به قوله ولنا انه دقيق لمذ مطرب الخ وقوله غرامته يعني عند ابي حنيفة رح
يجب فيهما لا مثلها كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام وقد ورد في
الجامع الصغير وهي قوله وما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء
وهو الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير ثم هي قوله وما سوى ذلك من الاشربة
اي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء لا يوجد في غيره وقوله وقد ذكرنا يعني في
الجامع الصغير قال ولا بأس بالخليطين الخليطان ماء التمر والزبيب اذا اختلطا فطبخ
بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان تغلي وتشتد والعجوة التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته وقوله محمول
على حال الشدة وكان ذلك في الابتداء يعني ان النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت
كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل
احدهما ويؤثر بالآخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين وقوله
وقيل لا يحد وهو قول الفقيه ابي جعفر وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله لا
يدعو الى كثيره وقيل ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين
يعني ان هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر وقيل اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله
بالبنج ولبن الرماك وباقي كلامه واضح وقوله وعن محمد رح مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف رح
مذكور في النوادر وقولنا اي وفعلنا الثلث على القول الموافق لمحمد رح وفي بعض النسخ وهما اي ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقوله لان المفسد اي للعقل هو القدح المسكر وهو حرام عندنا الا ما قيل فان
القدح الاخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف
الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى
ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا
وقوله انما يحرم القليل منه اي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد
هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المفسد يفسد
العقل فيكون حراما قليله وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب على الاول ان القياس ذلك لكن تركناه لان الخمر
لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطي القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق
الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بينا من طعن يحيى بن معين
ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ
حتى يرق ولم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي ويعقوبي لان ابا يوسف رح كثيرا ما
كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل له شرط الاباحة
عندهما بعد ما صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف المشايخ فيه رحمهم الله واختاره المص رح وقوله او يذهب
منهما يعني تارة يذهب الماء اولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه
كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لكن لما لم يستيقن
بذلك بطلعنا واحتمل ذهابها بالماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا وصل الماء اليه كان

الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات
وقوله يكتفي بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رح هي رواية الحسن عنه واكثر المتقدمين من مشايخنا فقد روى الحسن
بن ابي مالك عن ابي يوسف رح قال سمعت ابا حنيفة رح في رواية الحسن رح انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح
لما ذكره في الكتاب قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء جوز اكثر اهل العلم الانتباذ في الدباء وهو
القرع والحنتم وهي جرار خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت
وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله عليه السلام نهيتكم عن ثلث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن
لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوه ما بدا لكم وتزودوا
فانما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان
الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكن انما ينبذ فيه ان كان فيه خمرا بعد التطهير على ما ذكره في الكتاب قال
شيخ الاسلام رح في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف اكثر
مما تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر
حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي رح ان كان التخليل بالقاء شيء فيها كالملح ونحوه
فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما القي في الخمر يتنجس
بملاقاة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله على احد الوجهين
ما ذكر في الكتاب ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل وهو يتناول المخلل والمتخلل ولان التخليل اصلاح المفسد
باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد لم يكن
فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر قوله وكذا الصالح للمصالح يجوز ان يكون معناه المتخلل صالح للمصالح
والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ وقوله والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله
ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لا نسلم ان جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك
بالابانة جائز فيها التخليل وعلى ما فيه من احراز مال يصير حلالا في المآل وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة وانما
فان قيل فما تصنع بقوله عليه السلام لا ولكن اريقها حين سأله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روي انه
عليه السلام نهى ان تتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء التحريم فعاظم ان يحوموا حول الخمر كما
حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرم وتوضيحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان
وشق الزقاق وعن الثاني فان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به
الاستعمال ها هنا لقوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم
قط فقال عليه السلام اليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك فيراد بالاتخاذ الاستعمال
ودردي الخمر وغيرها ما بقي في اسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له
تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة
ولا يحد شاربه اذا لم يسكر خلافا للشافعي رح قال شرب جزء من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح
فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من اسباب منع ثبوت الخمر الحق الاشربة
نقلها للابقاء على حد الدرق كيال الشراب وهو عجمي قوله وان كانا يذهبان معا يغلى الجملة حتى يذهب

ثلثاه قال في النهاية كان محمدا هو علم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه
ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى ما كان اسرع ذهابا
فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله ففي الوجه الاول
يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام هو طريق معرفته ان يجعل كل
عشرة من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان يجعل عشرة ذوات عصير على ثلثة ليمكنك الى الثلث
والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة
وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير وهو ثلثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب من ثلثة
ومنه اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء فيه
والعصير معا يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والثلث
ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعد ما صار مثلثا سواء وقوله لانه اثر
النار مثاله لو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثة اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب منه تمام
الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه اثر
تلك النار وهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى
واشتد حتى يذهب بالغليان منه شيء فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد
الشدة وحين اشتد حرم وقوله بيانه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان
وتسعان وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم يذهب منه شيء تسعة
ارطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على الباقي
اتساعا فاذا انصب منه ثلثة ارطال فهذا في المعنى ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة
ارطال وستة اتساع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله وطريق آخر
قيل هو ان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة
ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب
من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا
اريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام وكان الذاهب منهما
على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو زدت
زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة
فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث
ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها وكما
محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة
وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التفرج والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حرام وحلال
لان الصائد اما ان يكون محرما او لا فان كان فهو حرام فان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان

اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكاة وان
يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال
والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده
وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب
على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يأكل منه وخمسة في الصيد
ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان لا يكون
متقويا بنابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح
لان هذا شرط الاصطياد والاكل الكلب لا غير على انه لو اشتغل بعضها يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه
وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله
تعالى واذا حللتم فاصطادوا فان ادنى الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه
يدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد
البحر كان انسب واما السنة فقوله عليه السلام لعدي بن حاتم على ما ذكره في الكتاب ولم ينقل خلاف لاحد في اباحته
فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد والفاضل
مقدم على المفضول قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد
المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكونه نجس العين
لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل احد فلم يستثنه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم
قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا يأكلانه في الحال والتعلم انما يتحقق
بترك الاكل فلا يعلم انه ترك عادة او تعلما ولان التعليم لان تمسك للغير والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب
لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف ره والحق بعضهم الحداة بالدب بمعنى الخساسة وانما اورد رواية
الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلم من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري
يدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الاثبات جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بما ذكر
قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه
نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا
قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسئلونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من
الجوارح معطوفا لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن
عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب
والفهد والنمر والعقاب والبازي والشاهين وغيرها قال الله تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما
قال في تأويل لانه قيل في تأويل آخر هي التي تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه
ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد رحمهم الله
انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث

عدي بن حاتم رضي الله عنه وقال ... واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام في دعائه اللهم
سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف انه مستثنى يقول فينتاول الكل بعمومه وقوله
ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه يستوحش
كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي
لا غير وذلك صحيح واما اذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في تصحيح بعض الاخبار وقيل ازاد
بحكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله
جنسها اي اصل ابي حنيفة رح في جنس المقادير نحو حبس الغريم ومدة التقادم وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر
المعينة وقوله ولانه آية تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة تعليمه عندنا الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بعد
تبين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا انه يمسك على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل
وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح
لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تاويل يعني في تاويل الاول
اولا وهو قوله والجوارح الكواسب في تاويل وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على
الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التاويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل
انما ورد في اختلاف المعاني فان كان بينهما تناف يحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن
بينهما تناف يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن
قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي في جملهما وفيه نظر لان الجرح اما ان
يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الآخر والمشترك
لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام
يتناول الجميع بالتواطي وقوله وفيه اي في الجارح الكاسب اخذ باليقين وقوله رجوعا الى التاويل
الاول يعني ما سبق من الكواسب وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه اخذ باليقين
وقوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي رضي الله عنه
فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل
واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان
لا ياكل منه وحين اكل منه دل على انه امسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان اكل منه فلا
تاكل فانما امسك على نفسه وقوله على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء اراد انه يحل عنده مما اصطاده
ثالثا الى آخره قوله واما الصيود التي اخذها من قبل واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يوكل ان
ابا حنيفة رح يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما اكل لان ما احرزه المالك حكم باباحته
باجتهاده وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده والجواب ما قال
وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل
اجتهاد القاضي قبل القضاء وقال ابو حنيفة رح اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا
باع شيئا من صيوده المتقدمة والحكم فيه كالتي فيها الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب

وقوله ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يوكل واما قبل الرجوع
اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الارسال ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة وطولب بالفرق
بين ما دث فاخذه صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذه
جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذ صاحبه دل انه كان ممسكا
على صاحبه والنهاشه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه
... وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلو
اما ان تمكن من ذبحه او لا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يوكل سواء كان الحياة فيه بينة او خفية
وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذلك حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم
يتمكن من ذبحه لعدم الآلة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحيوة فوق ما يكون من الحيوة في المذبوح او لا
فان كان لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يوكل وهو قول الشافعي رح لانه
لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كمن راى الماء ولم
يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه اذا لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه يثبت يده على المذبح
وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من
لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على المذبح
وان لم يكن الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل
لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس
بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم يثبت يده على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ
فيما اذا كانت الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يوكل لانه
مفرط وان كان لضيق الوقت لم يوكل عند علمائنا الثلاثة خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهم الله
قالوا انه لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا
فبطل حكم ذكوة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما يكون الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح
فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم
فيكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع للذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا وهذا
اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكوة فيما اذا كان بقاؤه متوهما
اما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقي اضطراب
المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هو قول ابي بكر الرازي هذا
الذي ذكرناه انه لا يوكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل
كل عنده وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر اي شق الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة
ان ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل ومنهم من ...

لابد من حيوة بيّنة وهي ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال
محمد رحمه الله لابد من حيوة بيّنة وهو ان يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا
لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب
المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم يأخذه يريد ان المسائل المتقدمة كانت فيما اخذه الصياد وههنا
ادركه ولم يأخذه وقوله ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا وقوله واذا ارسل كلبه على صيد
يعني صيدا معينا فاخذ غيره حل يعني ما دام في وجه ارساله وقوله ولنا انه اي شرط التعيين شرط غير مفيد
لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا
معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصايد او الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ
ما عينه فسقط اعتباره وقوله على ما بيناه يعني في اوايل كتاب الذبايح حيث قال ويشترط عند الارسال
والرمي وقوله ولهذا يشترط التسمية عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص
وهو قوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلثة فصول احدها اشتراك
الكلبين في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما روينا والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه
الكراهة لان جهة الحل راجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشترك في شيء لكن الثاني اشتد
حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وانما
اثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع
قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوي
دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال
لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بانه اثر
في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا
ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اي
بالزجر شبهة الحرمة يعني في الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دايما فاولى ان
لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كل واحد غير مؤثر
في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه ان كان دونه يعني ان الانزجار ان كان دون الانفلات
من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل
ناسخا وقوله وقذه اي جرحه جراحة اثخنته وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل
المسألة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت
بعد الاثخان الذي اخرجه من الصيدية فكان الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان يلتحق
بالدواجن فيحل بالذبح لا بجرح الكلب وجوابه انه تعذر دفعه وما تعذر دفعه فهو عفو وقوله
بجرح الكلب الاول يعني انه لا يؤكل لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية فكان الحاجب له لا
يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه انه تعذر دفعه
كانت ذكوته بعد الذبح في المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب

الحرام

الحل والحرمة غلب الحرمة

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الالة الحيوانية شرع
في بيان حكم الالة الجمادية والحق الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او بازيه فاصاب صيدا
ظبيا مثلا فان تبين ان المسموع حس آدمي او بعير او شاة لم يحل الظبي المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد
لان المسموع لم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى آدمي او الى بعير فاصاب صيدا فانه لا يؤكل وان تبين ان المسموع
حس صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان مما يؤكل لحمه او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن
ابي يوسف رحمه الله ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا يرى انه لا يباح الانتفاع
بشيء منه بخلاف ساير السباع لانه اي الاصطياد يؤثر في جلده ونوع منها اي من جلد المسموع حسه ما لا يؤكل
لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول
هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا والاصطياد
فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبول الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم يثبت الاباحة
ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله يثبت اباحة تناوله كغير
السباع من البهايم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله يثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادا وان
التناول او غيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع الاصطياد كان كانه رمى الى صيد فاصاب
غيره واذا تبين انه حس آدمي فقد قدمناه آنفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل
متوحش وعلى هذا فالداجن الذي يأوي البيوت اهليا والظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلة اي بمنزلة
الادمي لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وبهذا يخرج المسألتان
المذكورتان في الكتاب وقوله وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما يشير الى ان كون ما تبين حسه من الصيود
من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب ظبيا ثم تبين ان المسموع
حسه سمك لم يؤكل الصيد ولو سمع حسا فظنه آدميا فرماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر
بظنه مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسألة وبين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا فظنه
صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد رمي الادمي
وفي هذه المسألة قصد رمي الادمي ورمي الادمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل
او شمول عدمه او انعكاس الجواب في المسألتين وذلك لانه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه آدمي فيما اذا
اقترن ظنه بانه صيد اولى او لانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا كما لم يحل ثمه او لم
يحل ههنا نظرا الى قصده وحل هنا كذلك اجيب بان الفرق ما اشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع
تعينه اي تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسألة الاولى اصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه
والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو
ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل
الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وهو صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو
الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك بظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد
بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد دون

على ما بينا يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الى آخره وقوله فيتحامل التحامل في الشيء ان يتكلف على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله حتى اصابه اكل قيل اذا وجده وفيه جراحة سهم لا غير واما اذا وجد وفيه جراحة اخرى فليس لاته يأكل لا تركه التغلب اولم يتركه كما سيجيء لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الاثر في يوكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال به تلفه كما وجد فيه جرح غيره كان القتل منسوبا الى الموهوم في هذا كالمتحقق لقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته قاله حين اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال له من اين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال عليه السلام لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمته ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله ولان احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله وقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان بات فيه لا يحل وقيل يحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم كذلك ولانه بني الامر على الغالب لانه اذا بات عنه فقعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل ان كان ما روي عنه عليه السلام من كراهة اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فلا حجة عليه فقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما ذكر فيه فانه عليه السلام قال لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واحتمال القتل بالهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قدمنا الخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن ولان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا يخلو عنها فلا يجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال وان رمى صيدا فوقع في الماء كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي قوله وكذا السقوط من عال وفي بعض النسخ من علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع في الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله ومن اصابه فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصاب حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسئلة روايتان وهذا الذي ذكره شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكرنا انه في معناه وقوله كما اذا وقع على غير الماء ابتداء وقوله وما اصاب المعراض بعرضه المعراض اسم سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله واذا لم يخرق بالراء المهملة خرق المعراض اي نفذ وبالزاي المعجمة خطأ وقوله وكذلك

ان جرحه يعني اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال انه قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل لتعين الموت بالجرح وقوله الا اذا كان ذلك الحجر ابيض يعني كالسكين يذبح به والله يستعمل عقيبه اذا كان المستثنى منه هذا اذا كان في الشدة حتى انه يبلغ الشدة وقوله قيل لا يحل هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه ان الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكوة بين اللبة واللحيين والدم منحبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال وان رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو ان امكن حيوته بعد الابانة وان لم يمكن اكلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكل لانه مبان بذكوة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكوة الاضطرار كقطع الراس في ذكوة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكوة الاضطرار ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحيوة به واما حكما فلانه توهم حيوته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ابين بالذكوة ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما ابين بالذكوة يؤكل ولكن لا ذكوة هٰهنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكوة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعده اذ الغرض ذلك والجرح بعينه ذكوة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده ولهذا لو وجد وفيه من الحيوة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعنده زوال الروح وان كان ذكوة بالنسبة الى الصيد كله فليس بذكوة بالنسبة الى المبان لعدم تاثيره في موته لعدم الحيوة فيه فان قيل فليكن ذكوة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وهٰهنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله والاكثر مما يلي العجز احترازا عما اذا كان الاكثر مما يلي الراس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج وانما تتصل بالقلب الى الدماغ فان ابان الثلث مما يلي العجز فقد وقع الذكوة بقطع الاوداج فقد وقع في المبان وعند ذلك اما اذا ابان الثلث مما يلي الراس فقد وقع الذكوة بقطع الاوداج نفسه وحيث لم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر وقوله ولا يؤكل صيد المجوسي مبينا مما تقدم ان غير اهل الكتاب ليس باهل للذكوة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه الى آخره الرجلان اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا فالاول على وجه فانه اذا رميا معا فاما ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا فان اصاب فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني اولا والثاني كذلك فانه ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعدها فان كان الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم يثخنه والاول لوجوه والوجه الاول من الثاني غير مذكور في الكتاب وانما ذكره تكملة للافادة فان رميا معا واصابا معا فصيد لهما جميعا ويؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا حالة رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكوة واصابتاه معا فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه

اى اضعفه والآخر جرحه حين الامتناع ثم اصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل اكله عندنا خلافا لزفر فهو يعتبر حالة
الاتصال والسهم الثانى اصابه وهو ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر المحل حالة الارسال لان الاصابة بما تحل به
ولهذا يعتبر التسمية حالة الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثانى خطر ولكنه حالة الاتصال
كان ملك الغير فيتصل بالمحل وسهم الاول لما اخرجه عن حيز الامتناع ملكه قبل ان يتصل به الثانى وان لم يثخنه فهو للثانى
وهو ظاهر وان رماه الثانى بعد ما رماه الاول قبل ان يصيبه سهمه وهو الاول لم يثخنه والثانى فحكمه حكم ما لو
رمياه معا وهو لهما وحل اكله واما المذكور فى الكتاب فقد اعتمد المصنف فى بيانه وتيسيره الى بعض الفاظه
اخفى فنقول هذا اشارة الى قوله ولم يؤكل وقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدرى قال فى
الزيادات الى آخره بيان لحكم الضمان ولم تذكر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها الحظر
والاخرى بالاباحة وانما لم تذكره لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة الجهالة وهو ان لا يدرى ان
الموت حصل بايهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما
قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان
ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه
الاول ثانيا يعنى ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثانى غير الرامى الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا
فالجواب فى حكم الاباحة الى آخره يعنى لا فى حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعل نفسه والباقى
الى آخره واضح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد
من حيث كونهما سببين لتحصيل المال وفرع استحصول النظر لجانب الدائن والمديون وسيجىء ما ذكرنا غير مرة
وشرط جوازه وتفسيره وشرعيته وحكمه مذكورة فى الكتاب وسنذكر شيئا فشيئا فاما تفسيره مما ذكر الرهن
لغة حبس الشىء باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشىء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه اى استيفاء الحق من
الرهن بمعنى المرهون كالديون وعن هذا تبين خروج الرهن عن الحدود والقصاص فاما مشروعيته فبقوله
تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن ككعاب فى جمع كعب وبما روى انه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه
درعه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر
بالوثيقة فى طرف الوجوب وتقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا فى الذمة
ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة وهى الكفالة جائزة فلان الوثيقة
التى تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال
الرهن ينعقد بالايجاب والقبول وركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على
وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة
المشايخ رحمهم الله وقالوا اراد به شيخ الاسلام خواهر زاده رح الركن الايجاب بمجرده لانه عقد
تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع والرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء
ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا نعنى بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة
والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا للدين عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيفاء
ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك وقوله والقبض شرط اللزوم كانه تفسير لقوله العقد ويتم بالقبض فيكون الرهن

قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام رح وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد رح لا يجوز الرهن الا
مقبوضا وقال الحاكم الشهيد رح فى الكافى لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوى رح فى مختصره ولا يجوز الرهن
الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخى فى مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد رحمهم الله لا
يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك رح يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه
عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف
الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر كما فى قوله تعالى ومن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر اى فليصم
وكما فى قوله ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اى فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم
تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به فى حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله
على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل به فى شرطه وهو القبض كما فى قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل
بالنصب اى بيعوا فلم يعمل الامر فى نفس المبيع لان البيع مباح فيصرف الى شرطه وهو المماثلة فى اموال الربا
فكذا ههنا وفيه بحث من اوجه الاول انه قيل ان النص يحتمل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثانى انه يجوز
ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض لو كان شرطا
للجواز او اللزوم وسلم ذلك فهذا يقع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متروك الظاهر لانه
ظاهر يدل على ان الرهن انما يكون فى السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ذلك ومتروك الظاهر لا يصلح
حجة والجواب عن الاول انه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر لا يجمع كذلك واسناد مقبوضة
الى غير المصدر مجاز عقلى كما فى سيل مفعم وعن الثانى ان الامر للوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح
قرينة المجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل فى غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ
واما الحقيقة فى الرهن فيحكم صرفت الى القبض وعن الثالث ان الدليل لالزام مالك حيث لم يجعل شرط
اللزوم ولا الجواز وذلك ان الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضى والتراضى وصف
لازم فى التجارة فكذا القبض فى الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح لانا نقول ذلك مذهب
الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون المصنف قد اختاره واما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم يكن الصفة مقصودة
وقد ذكرنا ان صيغة الوجوب انصرف اليها وعن الرابع بانا لا نسلم ان متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان العموم
المأول متروك الظاهر وهى حجة عامة الدلائل هذا ما سنح لى فى هذا الموضع والله اعلم وقوله ولانه عقد تبرع دليل معقول
على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفى فيه بالتخلية يريد بها رفع الموانع ووجه ظاهر الرواية واضح
وقوله لانه اى قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل
الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه لا يكتفى فيه بالتخلية كما فى الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا
بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان
منافاة ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول
وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما بخلاف الشراء جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض
فى الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشترى لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشترى مضمونا
على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله والاول اوجه

الظاهر اصح لان الرهن يوثقه لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية بان يخلى الراهن بين المرتهن وبينه
فكذا لجهته اذ الحقيقة اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في وجه قول ابي يوسف رحمه الله
وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يتبين قال فاذا
قبضه المرتهن قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص عليه يعتبر شانه وذلك يقتضي الكمال
والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا مميزا فيجب ذلك وقوله محوزا احتراز عن رهن الثمر على رؤس
النخيل دونها وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه
تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم او الجواز بالقبض اذ
المقصود هو الاستيفاء لا يحصل قبله اى قبل القبض فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي رح
هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها اى هذه الالفاظ ثلثا
لصاحبه غنمه اى زوائده وعليه غرمه اى عليه هلاكه الرهن قال ومعناه لا يصير اى الرهن مضمونا بالدين
ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله عليه السلام
للمرتهن بعدما نفق فرس الراهن عنده ذهب حقك وحق الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب حقك
من الامساك او من المطالبة برهن آخر لان الاول مشاهد فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحق له
ولانه ذكر الحق في اول الحديث منكرا بقوله ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له فنفق الفرس عند المرتهن
فاختصما الى النبي عليه السلام فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني
عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك
ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي عليه السلام ولم نعلم ذلك
وقوله عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك يعني
اذا قال الراهن لا ادري كم كانت قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكى هذا التاويل عن ابي جعفر
وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته فروى عن ابي بكر
الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انهما قالا الرهن مضمون
بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه مضمون
بالدين فاختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وابراهيم
وغيرهما رحمهم الله وقال مالك في تفسير ذلك فيما نرى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن
به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذي
نهي عنه فان جاء صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي رح في شرح الآثار ذهبوا
في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف رحمهم الله الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن
فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله
ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء
ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت

رهينة اى محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال الشاعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن
قد غلقا اى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع فاحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمانه
ولا هلاكه وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب
بانه لما دام وتابد بنفي الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل
بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام
الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم
لانه الموضوع ولا مقتضى للعدول عنه وليكن هذه اللغة عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء
ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اى الى الاستيفاء وذلك اى كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس
ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى اداء الحق لان
الراهن يخشى ان جحد الدين ان يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد يكون اكثر من الدين ويكون عاجزا عن
الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر او لعجز عن المطالبة وهذه ايضا قضية يدل على ان له
ملك اليد والحبس فيهتم اليها قوله فاذا كان كذلك اى اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت له
الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لانتفاء
احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربوا الا
ما اذا كان الرهن قائما لانه ينقض هذا الاستيفاء اى الذي بالحبس بالدين بالرد على الراهن فلا يتكرر
الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء الا
يرى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء اجيب
بان النقض انما يتحقق فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان
قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربوا وهو ان يستوفي رقبته لا يدا اجاب بقوله
ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفاء
يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما بالعين او بالدين او بالبدل لا سبيل الى الاول لان
الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببدل الصرف
والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب انا نختار الاول وقوله ليس من جنس
الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة
بل هو من حيث الصورة امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض
الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن
قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله موجب
العقد جواب عما قال الشافعي ان الرهن وثيقة بالدين وبعقد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط
بالهلاك تضاد ما اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يتحقق
لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضرورته كما في الحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق المحتال
وان كان فراغ ذمة المحيل من ضرورته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار للموضوعات الاصلية لا

للوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالى وهو ان المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالاجرة المعجلة
بعينه لما هو نحتى اقامات الاجكان المستأجر احق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا فان يد
باق يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هى التى كانت قبل الفسخ وامّا قبض
العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة فى المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك فى يده
واما اختصاصه به دون الغرماء لانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ بقى
الاختصاص فى حق استرداد الاجرة وقوله فالحاصل الى آخره واضح **قال** ولا يصح الرهن الا بدين
مضمون قيل ذكر مضمون للتأكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سقط كالو رهن بالدرك
وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه اى حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو
الوجوب واما صحته بالدين الموعود فسيجئ الكلام فيه وقوله ويشكل اى يشكل على هذا اللفظ اى الذى يدل
على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيد بقوله
بانفسها احترازا عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال
والثانى اما ان يكون بعين مضمون اولا والثانى غير صحيح كما فى الودائع والعوارى والمضاربات والشركات
والاول اما ان يكون مضمونا بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا
او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع فى يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا
ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن
بها صحيح ولا دين ثمه واجاب المصنف بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلى
فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين ولهذا يصح الكفالة به اى بالعين المضمون بنفسه وقوله
وان كان لا يجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته
يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سبب جوابه عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقرير
الكفالة لا نسلم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كالوقال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن واجيب
بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة الى كفالة ويصح ان يقال قوله دون الرهن يريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه
او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثانى فهو ممنوع فان عين ما نحن فيه وقوله
ولهذا يجوز ان يكون توضيحا على كل من التخريجين اما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلى فيها القيمة
لا يبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم يبطل الحوالة
لان الموجب الاصلى لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة فى ذمته ورد العين كان مخلصا
ولم يحصل واما على الثانى فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقدت جعلت كالموجود فهلاك
العين لا يبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا
سبب الوجوب **قال** وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل
اى بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع فى بعض نسخ القدورى بالاقل من قيمته ومن الدين
وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله يتراد ان الفضل يعنى
ان التراد انما يكون من الجانبين وقوله كما فى حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الثمن دراهم فى كيس

وجده فى الغد فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله ضرورة
امتناع حبس الاصل بدونها لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة ادى الى الشيوع او لعدم الفكاك عنه ولو
لا ضرورة فى حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن
فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجئ وقوله والمراد بالتراد فيما روى حال البيع يعنى توفيقا
بين حديثى على فانه روى عنه ويذهب فيما فضل المرتهن امين فى الفضل فيحمل الاول على حالة البيع يعنى اذا باع المرتهن
الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين
وقوله كما بينا على التفصيل فيما تقدم يعنى فى فصل الحبس من باب القاضى وقوله واذا طلب المرتهن دينه
واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة
من حيث انه استيفاء الحق قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فى زمان لم يجب على المرتهن
تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله لانه يتضرر به
زيادة ولم يلتزمه يعنى المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال كون الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يعارض فى
مقابلة ضرر متيقن وهو تأخير حق المرتهن بخلاف الفصل الاول وقوله لا طلاق الامر يشير الى انه لو قيد بالنقد
لا يبيع نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره
وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعنى لا يكلف احضار الرهن لانه اى الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن
فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعنى لا يكلف احضار الرهن لانه اى الرهن صار
دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن
وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن باقل من
الدين لم يسقط من دين المرتهن شئ فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا ان الذى
يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثناء من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين جوابا عما يقال لو كان
الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشترى كما كان الرهن فى يد عدل لكن له ذلك ووجهه ذكر
ان ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله كما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل
يكلف لاستيفاء نجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه اشار بقوله
لاحتمال الهلاك وقوله ثم اذا قبض الثمن يعنى ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء
نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قيل اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الى آخره
فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شئ بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن
خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة
لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا يكون القيمة
هنا كالثمن وهى ليست فى يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمه اجيب بقوله لانه ما صارت قيمته
بفعله حتى ينتقل اليها الرهنية فيصير كالرهن فى يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعلهما
لما جعلا الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا وفى النهاية جعل قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله مكلف
لاستيفاء نجم قد حل وجهه هكذا اى فى مسئلة القتل حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث

تكلف للرهن باحضار الراهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى ضعيف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا قال وان كان الرهن في يده اذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يكون الراهن من يبيعه وان لا يمكن لان حكم الحبس القائم الى ان يقضى الدين على ما بينا . وذكر حقه فلذا استقاط وكلامه واضح وقوله فلو هلك اى الرهن قبل الرد استرد الراهن ما قضاه لما ذكر في الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابرأه فلم يرده عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك فصيره مستوفيا بهلاكه الراهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء فالمستوفي يجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شيء يجب رده وانما هو اسقاط والاسقاط الدين ليس عليه لغو وقوله على الفسخ احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اى لان يبقى مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا ابرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا واذا ابرأه عن الدين سقط لان العلة اذا كانت ذات وصفين تعدم الحكم بعدم احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا اجيب بان فيه احتمال الحبس باحتمال الاستحقاق المؤدي يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله ولو هلك في يده يعني اذا حبسه بعد التقابض فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله وليس للمرتهن معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن فالانتفاع به قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه كلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة الا ترى ان المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم تضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا سكن الاب وخرج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن اجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي يأمر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال ابو يوسف رحمه الله النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان يحفظه لرده الى يد المرتهن لجعل الآبق او لرد جزء منه كمداواة الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق في جزء الارض يبطل الرهن لطرو الشيوع فيه فكذا في الاستحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوب

اى وجوب العشر لا ينافى ملكه في جميع ما رهنه الا ترى انه لو باعه جاز ولو ادى العشر من موضع آخر جاز فقد صح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان ملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع قوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الآخر فان كان بغير امر القاضي فكذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره بعموم ولاية القاضي وقد قيل انه بمجرد امر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شيء منهما بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر فعند ابي حنيفة رح ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة رح لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير مجبورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال ولا يجوز رهن المشاع يعني المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه ما لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الشافعي رح هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر ونقرر بالوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فيكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المصنف دليل الشافعي في بين الوجهين وهو قوله وصار المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو بعيد فتقرير كلامه حكم الرهن كالبيع والمشاع محل يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه لانه الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الا[ستيثاق] من الوجه الذي بينا يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اي كل ما مر من قوله لانه مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد دينا بعد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما اوجب القبض اوجب بقاءه لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن وتفويت المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه قال احدهما يبتني على حكم الرهن والثاني ان موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله كما

يعني اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق الحبس بجهة الشائع لانه لا يتعذر المهاياة فكانه يقول رهنتك
يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه الحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه وهذا اي ولان
الدوام يفوت في الشائع تساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره وقوله
ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على الثاني فلانه
يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض او اذن الراهن
للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل ولا يمنع قال
ولا رهن تمر على رؤس النخل دون النخيل هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن الشائع وعلته فان
الاصل الجامع ان اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده
لاختلاطه بغيره قوله وبخلاف المتاع في الدار يعني اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن لم يصح الرهن
لانها ما لم يكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض الا ترى انه لو باع الدار بكل قليل
وكثير هو فيها او منها لم يدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل
الثمار وقد يدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة قوله ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن بان رهن
دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان يكون الباقي فيه مشاع بان كان المستحق جزءا معينا في شائع او
كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع فكان
جائزا وان كان الثاني تبين ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر
يعني قال المشايخ اذا رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يجوز
الرهن بالامانات قد تقدم ذكره وقوله والرهن بالدرك باطل قد تقدم تفسير ان الدرك هو رجوع المشتري
بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري
ان يستحقه احد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان
قبض قبل الوجوب يستحق المبيع او لا واما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكره في
الضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع بثمن البائع درك او لا لانه
لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض البيع واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه بقضاء القاضي
بنقض البيع بينهما او لم يقض وهذا بناء على ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضى البائع
او قضاء القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج او التلقي من جهة المستحق قائم اما اذا قضى
القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله يملكه امانة وصورة
ما ذكر في الكتاب وقوله لان الموعود يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى
الاستقراض فصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا
للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب بان المعدوم
يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر
عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على
اعتبار وجوده اي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء فيعطى له اي للدين

بقي بجهة الرهن حكم الرهن حتى يهلك بما يبقى من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعده وهذا اذا ساوى قيمته المقرض
لانه اطلق جوابه على ان الظاهر ان الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير
صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه
ليس بلازم فاعتباره من حيث انه يهلك مضمونا لا امانة وان الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود
باعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم
الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب
المسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما قبض بضمان الدين الموعود قال ويصح الرهن
برأس مال السلم قال نعني به حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن من هذه الاشياء التي ليس استيفاء
لعدم المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها مسدود فقلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية
فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة حتى لو كان الرهن عبدا فان كفنه
على الراهن والاعيان من حيث المالية واما عين الرهن جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في
رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث
المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه امانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تملك العين ايضا وقوله
لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد
الافتراق وقوله يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه بالرفع لكونه حتى بمعنى الفاعل على ما عرف وقوله
لانه بدله اي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك المغصوب
فيه وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم
فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة
دراهم وعشرة دنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابرأه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب
ان الدراهم ليست بدلا عن الدنانير بخلاف السلم وقوله ولو هلك الرهن اي لو هلك في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك
بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه
وهو رأس المال وقوله هلك بالطعام ... اي انه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم ان يعطي
مثل الطعام الذي كان له على المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان بقبض الرهن صار مستوفيا مالية مضمونة بطعام السلم وقد
بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا
او بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك هاهنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا يحتمل الفسخ
بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر
مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب التقاص ولا يلزم على المسلم اليه
اداء الطعام واجيب بانا لا نسلم ان مالية الرهن هاهنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس
بحتم والحاجة الى ذلك تقدير بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع
علمهما بانه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقدير المالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس
الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس

ما له على المسلم اليه حتى لم يبقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة
لما مر انفا انها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله والذي ثمنه له ان يحبسه يعني
الذي ثمنه ثم ارادا فسخه للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد ههنا كالرهن عند المشتري لانه استيفاء
ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر
كلامه صحيح وقوله وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية وهذا لو طرأت هذه العوارض بطلته فاذا كا
فاذا كانت مقارنة لم ينعقد وقوله ولا يجوز بالكفالة بالنفس لمعنيين احدهما ما ذكره في الكتاب ان استيفاء المكفول به من الرهن
غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس
وما دونها فانه لو رهن من بدل الصلح فيهما فانه يصح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية
خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون
فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي
القاضي بذلك وقوله يستحق لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا ترى انها لو دفعت الا
الى القاضي قبل الرهن فانه لا يؤمر المستأجر بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة
الرهن لانه رهن بدين واجب ظاهرا لان الدعوى من البائع والمشتري لو احتكما الى القاضي قبل ظهور الحرية والامر
فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد
حر وقد هلك الرهن فانه يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني
في ظاهر الرواية ووجه ما ذكرنا انه قبض بالمضمون ظاهرا فكان الدين ثابتا حقيقة وعن ابي يوسف رح
خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما
حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وكذا على هذا فيما تقدم من جنسه يعني ان الرواية عن
ابي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم المسائل
الباقية مسئلة العبد والخل والذكية كذلك وقوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب
ان يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي فان هلك
الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كان
القيمة اكثر يضمنان مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها بمودع ولهما الولاية على ذلك وقوله وعند
ابي يوسف رح لا يقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله
واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير يريد بيانه وجاز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال
واحد وهو ان يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه
ومرتهنا لذاته وقوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير اما اذا كان
عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى ولو رهن من عبده ولا
دين عليه لم يجز ذلك لانه يجعل رهنا من عبده الذي لا دين عليه في الوصي كرهنه من نفسه لم يجز فكذا
من عبده وهذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع
بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه

فيقول المشتري اعطني رهنا بالدرك الشفيع

فلا يجوز عنده بهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح والضمير في قوله
من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي وقوله لان احدهما واحد يريد به مضمونا بالاقل من القيمة
والدين سواء رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي وقوله واذا رهن الاب متاع الصغير يعني سواء
رهنه عند هؤلاء او عند كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب فهو اتفاقي لانه لو كان حيا كان
الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فلا يرجع
في مال الوالد لانه مضطر فيه على ما ذكره في الكتاب وقوله لاشتماله على امرين جائزين يريد رهن الاب
والوصي متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن
بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز
ان يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين
لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا باعتبار يد المالك
واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع قبل الرهن ويرجع به
الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاده لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق
المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله يأخذه بدينه اي
يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي عما له دينه فضله ما قبله للاستئناف ودون لما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه ليس بمتعد بل هو عامل له قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير قد عرفت ان كل ما امكن الاستيفاء
منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها
وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي رواية الجامع الصغير
لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله فهو بما فيه يعني فذلك الرهن صار مقابلا بذلك الدين كله وقوله
في الوجهين يريد بهما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعني
عند ابي حنيفة يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم تملكه يعني الراهن تملك الذي
جعل مكان الرهن الاول وقوله واستيفاء الجيد بالردي جائز قال في النهاية كذا وقع في النسخ
ولكن الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد جائز وانما قلنا بهذا الاصح لوجهين احدهما ان الاستدلال
بقوله كما اذا تجوز به انه في بدل الصرف والسلم يؤذن ان الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد لان التجوز
انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردي لا شبهة ولا حد فيه فلا
يحتاج الى الاستدلال بشيء آخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى
المرتهن العشرة قيمة ابريق هي اقل من العشرة لرداءة فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيد وادى
انه في النسخ حق وتقييد ما قاله صاحب النهاية رح فليتأمل وقوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لان
انه بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والرهن عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد
له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا الى
الثاني لان المطالب لا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقد

فقيل وهذه فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة ملك بناء على ما روى عيسى بن ابان رحمه الله ان محمدا مع ابي يوسف رح
في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذه مع ابي يوسف رح ولكن
والفرق لمحمد بينهما يتعذر بيان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة لانه اي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي دينه من عينه الا ان
يكون مقام ما له عليه من الدين والربا فيه لا يمنع الاستيفاء وقد تم الهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر
فكان نظيرا بالاولة ما لضمان واخذ مثل حقه فينتقض القبض وحاصل ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون
المقبوض بحقيقة الاستيفاء وهنا كالمستوفي فاذا تعذر رده بالهلاك سقط حقه ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة لمكان
الجودة فكذا في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه المسئلة مبتدأة اولى لانه وجد ههنا
للمرتهن الرضى بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد
ثم وقوله ولو انكسر الابريق فان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر
الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة رح وابو يوسف رح لا يجبر الراهن على الفكاك لانه لا يمكن اجباره عليه لما ان
يكون مع ذهاب شيء من الدين او مع كالة وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن يصير قابضا
دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينتقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا
الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما من العيب وبالانكسار صار معيبا فيحمل
الحقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر ولا محالة فخيرناه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي
في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف جنسه مصوغا ويكون رهنا عند
المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا اي
الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب
شيء من الدين ولا ان يفتكه مع النقصان بقي ان يفتكه مجانا وهو متعذر فصار نظير الهلاك في تعذر الفكاك
وفي الحقيقة من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاكه استيفاء
بالمالية وكذا هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فعلى تقدير ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى
وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا او صوابا او الصحيح او ما شاكل ذلك وقوله وفي
الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود
غش فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده
الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة
الانكسار على ما مر وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما
اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج
الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه
اثنا عشر لجودة وصياغة فيه عند ابي حنيفة رح يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف رح يضمن
خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق وتفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان الطارئ
فيه كالمقارن كما تقدم وعن محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكاك نقصا

جميع الدين وجه قول ابي حنيفة رح ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن
باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين
لا الزايد عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن
لان الفرض ان وزنه مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا
لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك
منه بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف
جنسه ووجه قول ابي يوسف رح ان الضمان والامانة تشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها
بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون
بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها
هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويصير خمسة اسداس
الابريق مضمونا بالجودة وصنعته وسدسه امانة كما لتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون
يعتبر فحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة اسداسه من خلاف جنسه
ووجه قول محمد رح ان الوزن مضمون والجودة امانة للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا ينفصل
وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك
فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده
كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين
ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على
حاله يجبر الراهن على الفكاك كما اذا لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل
في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصياغة كما بينا ما كان وانما وقع الدرهمان هنا باعتبار ان
الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه
كلام واضح وقوله ولم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود
الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق
لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشرة او يعطي كفيلا غير ملي ولم يبق في ذلك من التوثق شيء
فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله ولو اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا
الثوب حتى اعطيك الثمن فهل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب انه وغيره سواء ولو قال امسك
بثمنك او قال امسكه بثمنك حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان
حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بذلك علم ان مراده الرهن والله اعلم فصل
وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تاخر التعدد عن الافراد وقوله وصار كالمبيع في يد
البائع فان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن فان
سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن عبدين بالف لكل عبد بخمسمائة ثم قضى خمسمائة فكذلك

الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبض اذا ادى ما سمى ووجه كل واحد منهما ما ذكر
في الكتاب وقوله الآتي توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن
الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفريق التسمية فكانه رهن
كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق بتفريق التسمية بدليل انه لو باع عبدين بالف كل واحد
منهم بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد
تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق
الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود
به كما انه بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد
ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه انه يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال
موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل
ان يساوي احدهما الفا وآخر الفين ورهنهما بثلاثة آلاف احدهما بالف والآخر بالفين ولم يتبين هذا
من ذلك فاذا اراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول لهذا الذي رهنته بالف والمرتهن
يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك مما يفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلوم
بالتسمية لا جهالة فيها فلا يفضي الى المنازعة فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين قال
فان رهن عينا واحدة عند رجلين صفقة واحدة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين فيه ولا لكون
الدينين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر دنانير لان
الكل في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل هو منقوض
بما اذا باع رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين
في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب
ان اضافة العقد الى اثنين يوجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة
لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فيجعل شائعة فيقسم عليهما بالحصص والرهن غير مفيد للملك وانما
يفيد الاحتباس ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون
القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع منه وهذا هو الجواب لابي حنيفة رح في جعل ذلك شائعا مانعا
عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر يشير الى ان
كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق
اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء لكنه
بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر كله وبعضه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد
الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان الرهن في يد كل واحد منهما باق
ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان في
وفاء دينهما تبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال وان رهن
رجلان بدين عليهما رجلا رهنا هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد

رجل ادعاه رجلان انه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة ولو ادعاه آخر كذلك ومسائل الوجوه
فيها وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما
فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة انه
الاول لانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب ولا
كلام فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكرنا
من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبالقياس نأخذ ووجههما ذكره في الكتاب والفرق بينه وبين
التزويج الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما ثم يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فهو
رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه
وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المص الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على
خلاف ما اقتضته الحجة الى آخره وباقي كلامه واضح باب الرهن يوضع على
يد العدل لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل
لان حكم النائب يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من يعتمد الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده
ويفسخ ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن الموجود في مسائل ذكرها في النهاية
عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل كلامه واضح وقوله
ذكر في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن ابي
ليلى يبطل ما كحكاه ثم قال في هذه الرواية يجوز لان القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب
فان ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان وقوله وليس له ان يرجع العدل عليه اي على الراهن ضد الاستحقاق وقال
يرجع على المودع لان يده يد المودع ولنا انه امين وقوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع
المودع اما يتوهم انتقاله كانه نائب عن الراهن وهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون
من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل ضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق
بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه قول ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قبض الرهن ليس
شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وسقط به ولا حكما لان ذلك انما يكون من حيث انه امين له لكنه
غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا للمرتهن كما للراهن
ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل ولا تأثير لذلك لانهما
لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل ويكون بالجواب انه قابض من حيث امر العدل
وهو حق مستحق له بعقد الراهن وتمكنه من المنع لا يدل على انعقاد حقه لانه متمكن من فسخ العقد والراهن متفرد به
لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام باقيا وقوله لا يقدران يجعل القيمة في يد العدل لا يقدر ان يجعلاه
لما ذكر وقوله ولو تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض النسخ
يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو اظهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة في يد العدل
رهنا ثم قضى الراهن دينا ولكن لان العدل غرم القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة اي العدل لانه
كان ذو حق وصل الحق الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو اخذنا اجتمع البدل والمبدل في ملك

الراهن

تخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدل من حيث المالية في حق المرتهن ولو
كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده اخذها فاذا ادّى الدين
فكذا ما يقوم مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل
دفع على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل صار
بالضمان ملكه وتبين انه اعاره او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل
دفع الى المرتهن رضا بانه قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن
او هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان قال واذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح وقوله
فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضا المرتهن وقوله الا ترى انه ان عقد الوكالة لزيادة
الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن وقوله لانه اي عقد الوكالة لزيادة الوثيقة لازم باصله
بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اي لان عقد الرهن لا يبطل
بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة فاوصافه التي هي اللزوم
وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله وان مات الوكيل
انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد
فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله والارث يجري فيما له اي لا فيما عليه الا ترى ان الميت اذا كان
عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان للمدين على غيره دين ورثوه وقوله اجبره يعني بحبس
اياما حتى يبيعه فان لج بعدما حبسه اياما ذكره في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما
ظاهر واما على قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال
آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين جميعا احدهما انه وصف من اوصافه
والآخر انه حق الواحد وقوله قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول ذكره في المبسوط استظهارا في رواية
وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك واحد اي
فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيه اذا ابى الوكيل يجبر من غير فصل بين ان يكون
مشروطا في العقد او لم يكن ولذلك ذكره الاصل مطلقا وقوله فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا
للمشتري وملكه لا يكون رهنا واذا توى كان من مال المرتهن كذا ضمنه صاحب النهاية وفي بعض
النسخ من مال المرتهن وقوله وضمن القاتل قيمته يعني يكون القيمة رهنا لمقتول العبد المقتول لان المالك
المولى يستحقه اي هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزداد على دية الحر فاخذ
حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اي ليس للعدل
ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه شكر الله سعيه سوى الفوايد
وضمائر توضح زيادة ايضاح وقوله فصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن عما له من الدين وقوله وان
ضمن البائع اي العدل وقوله ولا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشيء وقوله فاذا تبين انه ملك اي
اي ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن وقوله فله اي للعدل وقوله بطل
اي بطل قبض المرتهن وقوله وانما اداه اي انما ادى المشتري الثمن الى العدل المسلم للمشتري المبيع ولم يسلم

قوله ويرجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان المقبوض سلم له لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله
وان شاء على المرتهن اي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه
الذي هو دينه على الراهن وقوله لا يرجع به على المشتري اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع لجهته
وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يجبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم يكن وكالته
مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل
الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق
المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم والقبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب
الغاصب وقوله فلانه انتقض اقتضاؤه اي قبضه لان الرهن لم يكن ملكا للراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا
وقوله طعن ابو خازم يعني هذا السؤال الطعن به ابو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن وابو خازم هو عبد الحميد بن
عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والقود بالتسليم كما ذكرناه يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في
حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي الراهن كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيلا من الراهن
من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل والملك بكل ذلك اي بكل واحد من التسليم و
الانتقال متاخر عن عقد الرهن اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين انه رهن غير ملكه واما
بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل
اليه فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون
ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير ملكه ولا يشكل انا استحق راس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه
يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالتغرير
والقود بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متاخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما
هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه انشأ العقد بعد الرجوع فنفذت بخلاف عقد الرهن
فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله بخلاف الوجه الاول يعني اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق
يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه ويتبين انه رهن ملك نفسه وقوله وقد طولنا
الكلام فيه في كفاية المنتهي قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل
ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين
ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع
للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره
انما يكون بعد كونه رهنا فكان متاخرا طبعا فاخره وضعا قال واذا باع الراهن الرهن
اذا باع الراهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن او لم يعلم به فقد اختلفت عبارة محمد فيه في موضع
قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ان لم يجز فان
القاضي يفسخه اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه وذلك
لان من تصرف في ماله تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على

الثلث فان اجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان اجاز ينتقل
حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انه ان شرط عند الاجازة ان يكون
الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بعقود البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا الا
بشرط فان فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكر في الكتاب وقوله وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اي لا الى المرتهن
لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باعه
الراهن يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجز المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف
لا يمنع من التوقف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن
يتعلق بالثمن الا ترى انه لو امر الراهن ليباع فباعها باجازة المرتهن وسلم اليه يعدو ياخذ الثمن ويكون رهنا عنده
وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول
وهو البيع ولم يصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره في
الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل مما يتعلق به حقه تعلق به حقه وان
كان من غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ
من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فصح تعيينه واما اذا بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود
جاز البيع الاول وسابقا اولا او لو وجد قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها
وان كان فيه بدل لكن ليس مما يتعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون
دون المنفعة واذا لم يكن منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت عن
عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما **قال** ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ
عتقه اذا اعتق الراهن عبد المرهون نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وللشافعي في ظاهر اقواله شمول النفوذ وعدمه
والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع
نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما
اذا اعتق المشتري قبل القبض او الآبق او المغصوب فانه يشارك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة
على التسليم ان باع فكان المقتضي متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف صدر من
اهله فلا نزاع فيه مضافا الى محله لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب للملك قبل
الرهن واما انتفاء المانع فلان ما بعد الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد
الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فبقي
العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ذكرنا ان الاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في اليد
عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك
للشريك عن نفوذ العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل ليس المانع محضا فيما نحن فيه
بل بمجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع والهبة لانعدام قدرة العاقد على التسليم المشروط لصحة
العقدين وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واعتاق الوارث جواب عما تمسك به في
موضع المواضع ولو قال ان اعتاق الوارث ... صورته مريض اوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات

الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له كذا يجب ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا ينفصل يؤخر الى اداء السعاية عند
ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا
ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ العتق واذا نفذ العتق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما
بعده ظاهر وقوله الا اذا كان بخلاف جنسه يعني الا اذا كان ما يحصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه
لا يقضي به دينه بل يبدله بجنس حقه ويقضي به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على
العبد وقوله مذكور يعني في مسألة استيلاد الامة المرهونة وقوله وعندهما التخلص يعني وان كان يعتق
عندهما لكن في معتق نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق وقوله الا في رواية عن ابي
يوسف رح فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا
يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان دينه كاملا من حيث المالية وباقي كلامه ظاهر **قال** ولو
دبره الراهن صح تدبير الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق
العتق وحقيقته لم يمنع فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن
وقوله واذا صحا يعني التدبير والاستيلاد خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عنده
فان المدبر لا يخرج منه لعدم الحكم الرهن كما مر آنفا وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلك
الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها والواجب على هذا المستهلك
يعني الاجنبي وقيده بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك
كما سيجيء وقوله كانها هلكت بآفة سماوية يعني يكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله فان المرتهن يضمن
ضمان الرهن تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا واجيب
بان العين قد تغيرت فكانت بمنزلة لو كانت باقية ترجع اليها كما تحل بها هلاكه فانها الضمانية
وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من الدين صار كالقتل بخلاف ما
اذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط
شيء من الدين وقوله فان نقصت من الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله
واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا
يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما وجد معاملة الاعارة من عدم الضمان ويمكن استرداد المعير اطلق
الاعارة وقوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية
لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان
انما يجب اذا كان يد الرهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية فعلى ذلك جمع بينهما لا
لا محالة فاعتبرناه يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وانما الضمان لفوات القبض الموجب له
وهو محسوس لا يرد ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح
وفي غاية التحقيق لكنه اقتصر عليه وقوله عن كونه مضمونا في الجملة لما قلنا اشارة الى قوله لمنافاة
بين يد العارية ويد الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرناه من العارية احدهما باذن الآخر اجنبيا
بخلاف الاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن

او المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال او اجنبيا ولا يرتفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية
والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة فالمستاجر ان كان هو الراهن فباطلة فكانت تبرعا له
ما لو اعاره منه او اودعه فلا يبطل بسترقه وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنبيا
فباشر احدهما العقد باذن الآخر واجاز الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة العارية
ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال ومن استعار من غيره ثوبا ومن
استعار من غيره ثوبا ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول فله رهنه
للمستعير بعين قليل وكثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر
باثبات ملك العين واليد جميعا بان استقرضه ان يقضي دينا عليه بماله فان قيل اعتبار هذا يصحح الجواز
ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب انه لا انفصال لغيرها بل لعدم استلزام احدها
الآخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كما في فانه يثبت له ملك العين دون اليد
وذو الاكاتب الابنيع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت له
ملك اليد دون ملك العين قوله لان الاطلاق فيها لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة من التسليم
والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما اذا اعار ثوبا واطلق وان كان الثاني فيتوقف على التقييد
بالقدر او الجنس والمرتهن او البلد لتعين القيمة لعينه وبه صار غاصبا بالمخالفة بغير اذنه فان كان التقييد
بالقدر ففي الزيادة نظر لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وان احتاج الى فكاكه
وهو اقل المالين في الزيادة زيادة ضرر وفي النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر المالين ان هلك الرهن عند
المرتهن فان الراهن يرجع عليه بمثل ما تم الاستيفاء بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا بمثل قيمة الثوب ان كان
اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير للمعير فيما شرط وقوله
على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله افتكه جبرا من
الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل بيانه ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات من
الراهن من القضاء بنفسه وقوله وهذا يرجع على الراهن قال في النهاية ليس يجري على اطلاقه بل معناه
يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما ادى بمقدار القيمة لا بما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن اقل من
الدين فافتكه المعير بالدين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر
من ذلك وليس بوارد على المتن لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بينا اشارة
الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال
المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر
والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب
الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما يبرئه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد
المغصوب اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله
ولو اختلفا هكذا في نسخة قرأت على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيرها من الشروح
ليس بصحيح والصواب بالواو ولانه في لفظ كما يجعل الفرعين اذ في الاول للراهن فهو المستعير وفي

الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله في اول الكتاب والاصل يريد عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين
ولو استرد العين ثم اوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او دابة
ليرهنه واضح وقوله في آخره لان المستعير للرهن يحصل مقصود الامر يعني تسليم الرهن الى المرتهن سمي في جعل
المستعير للرهن يعني المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهرا اذا
الاستعمال قبل الرهن اما بعده فكاك فليس ثم تحصيل مقصود الامر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير
في غير الرهن وقد اجيب بان ثمة الرد الى نائب المعير وهو المستعير نفسه فقد وجد لان الراهن الذي هو المستعير
بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كانه رد الى صاحبه حكما
وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المص هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ الاسلام فهو ان
المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ودلت عليه هذه المسئلة قال وجناية الراهن على الرهن
مضمونة معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده وبالمحترم هو ان يكون غير محجور عن ابطاله
وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان تكون الجناية في النفس او ما دونها خطأ اما ما يوجب
القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله اما الوفاقية يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن
على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما
كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه لو وجب عليه شيء لكان واجبا له
عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان واجاب المص عنه
في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بها ذمته والمولى اجنبي عنه ولهذا كان اقرار المولى عليه بالجناية
الموجبة للقصاص غير صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على عين ما هو كالاجنبي
فيها لملك العين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبي آخر فان قيل الجناية بدليل نفسها فلا
تامة في ايجاب الضمان اجاب بقوله في الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط
حقه في الدين فان ابقاء رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له
باعتبار الجناية فان لم يكن له غرض في ذلك ترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله فندفعه فيه تسامح
لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان فيما ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته
او التغليب سماه دافعا وتناوله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه
لكونه مخاطبا بالدفع او الفداء كالراهن فكان حكم الدفع او الفداء وعليه في حق شيء واحد ولا فائدة في ذلك فهو
وان كانت القيمة اكثر من الدين بان كانت الفين والدين الفا والمسئلة بحالها فالمرتهن فيها للراهن اما ان يفدي
نصف دينه او يبيع ملكه العبد فان امتنع من الفداء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان كان
بقي شيء من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه امانة وهو نصفه مضمون وبدل الامانة للراهن
وبدل المضمون للمرتهن وان فضل الضعف نال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية وهو ضد
ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا بخلاف جناية
الرهن على ابن الراهن او المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجانب
ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف فنقصت قيمته بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن لم يضر حقه فلا يوجب سقوط

الدين ولهذا الوصف به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وهي
حتى لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية في
حق المستحق وقوله اونقول دليل آخر اى لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا الالف الدين التي هي فيها الحر
بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدى الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسع مائة في العين فاذا
هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك والباقي ظاهر فاعلم ان صور المسائل ههنا ثلث تراجع قيمة الرهن من
الف الى مائة مع قيامه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد
المرهون ودفعه به فاقوال العلماء فيها ايضا ثلاثة اما عند ابي حنيفة رح وابي يوسف فحكم الصورة الاولى
والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقوله يجتمع في الاولى كقولنا وفي الثالثة
ان الراهن بالخيار بين ان ياخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على
ما ذكره وقيل لذلك ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في ان الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسع
قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسع مائة ساقط من الراهن بالاتفاق والمرتهن ملكها المائة التي
ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب فقوله لحما ودما يعني صورة ومعنى
اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الادمية والشرع اعتبره جزاء من حيث الادمية دون
المالية الا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الى آخره وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض
والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان ياخذه بكل الثمن
وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان ياخذ المدفوع مكانه وبين
ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه مفسوخ يعني بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن ثلاثا قوله
ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله هو على هذا الخلاف قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لانه
وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبر عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض
لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك نوع ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصب السبق
في مضمار التحقيق واما الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه كما
ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار فيه واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية
على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فسيأتي واما اذا كانت الجناية عليه
لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن يعني واذا كان على المرتهن
فقدا ان الراهن وجب له على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا
فيسلم الرهن الى الراهن ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله حق
ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية
ايضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما ياتي في الديات وقوله لتقدمه
على حق المولى اى لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم
مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في تلك العين دون

للبناء اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان تشاحا بان اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع
او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد
جناية ولد الرهن وقوله لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من
احدهما وايهما كان سقط الدين ولم يحصل للراهن في الفداء بعد الدين مقصود ما وقوله وان كان غايبا
ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي حنيفة رح وما بعده وهو الموعود بقوله
وسنبين القولين وما بعده واضح الى آخره

فصل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة
التي يذكر في اواخر الكتاب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا فلم ينقص مقداره وهو رهن
بعشرة فان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان النقصان في الوصف وبفواته
في الكيل والوزن لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين
وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا مكانه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد ان يفتكه ناقصا
وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله يساوى عشرة وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا
للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح
بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن وللقايل ان يقول ما رجع الى
المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء وهذا يخلف من ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل
باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك يخلف من ذلك الاصل واعلم ان العصير المرهون
اذا تخمر فاما ان كانا ذميين فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك والا فيلوح
اطلاق المص هو حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فللمرتهن ان يخلله اولا وفيه تفصيل
ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط
الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية والمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في
المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن والكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه واما
اذا كان الراهن كافرا فله ان ياخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس
للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها
فالخل له ووقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من الدين
وهو قوله هو رهن بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين
فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة
وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الادهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت
درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت اكثر او اقل فهي مذكورة في النهاية قال
ونماء الرهن للراهن الاصل ان الاوصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد اذا كانت صالحة
لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار وانما يكون ثابتا في جملة الام ولا يتمكن
من ازالته بابطال الحكم لكونها حرة وقت ومكاتبة ومدبرة وانما قيدنا بذلك ليلا يرد كفالة الحرة فانها
ما تسرى الى الاولاد والكفالة بعد كمال الحول كذلك فانها ثبتت في ذمة الكفيل والملك لا في عين

الامهات ولهذا لا يرد ولد الجانية فان من عليه بشيرة بالابطال باختيار الفدا وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها
لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستاجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين
الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب فلان الضمان يعتمد
قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد
للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له في الاصل وصفات لازمات الملك وكونه
رهنا فيسرى الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذا لم
يكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه
الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك
لان النماء صار مضمونا بالفكاك اذ لو هلك قبله هلك مجانا والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه
تكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيحصه
شيء من الدين فما اصاب الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله بالاصل مقصودا وما اصاب النماء
افتكه الراهن به وقوله وصور المسائل على هذا الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض
والفكاك يخرج وفي ذلك كثرة وتطويل فاعرضنا عنها وتابعناه في ذلك وقوله فيصح تعليقها بالشرط
يريد بالشرط قوله فاحلبت فانه كلام تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في جزئها وقوله لانه اتلف
باذن المالك فيه اشارة الى انه لو اتلف بغير اذنه ضمن وكان القيمة رهنا مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن
ذلك بدون اجازة المرتهن **قال** ويجوز الزيادة في الرهن الزيادة في الرهن مثل ان يرهن
ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا الثلاثة
رحمهم الله والزيادة على الدين لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله قال زفر والشافعي
لا يجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو ان يزوج
المولى امته من رجل بالف ثم زوج امة اخرى بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان وينقسم الالف عليهما
وذكر في الاسرار وطريقة البرهاني وغيرهما ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير انه يجوز ان يكون
مرادهم من قولهم لا يجوز الزيادة في المنكوحة ان يقول المولى زوجتك مرة اخرى بذلك المهر اما لو قال
زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم ان يصح وقوله الا ترى انه لو رهن عبدا بالجميع اي يعني من الدين
الذي هو الف فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة لم يصح وقوله والالحاق
باصل العقد اشار بالجامع الذي ذكره ابو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله ان الالحاق باصل العقد
انما يتصور اذا كانت الزيادة في المعقود عليه او المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك
اما انه غير معقود عليه فظاهر واما انه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده
وقوله ويثبت هذه زيادة قصدية يعني بخلاف نماء الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا
لو اختلفا حكما وقوله واذا ولدت المرهونة ولدا يعني اذا رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا
تساوي الفا فقال الراهن رد عليك هذا ايضا مع الولد رهنا وهو ايضا تساوي الفا جاز العقد
فيكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما

اصاب

اصاب الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة
ولو قال الراهن ذلك بعد هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة
يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام فصارت كانها كانت
في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها
وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة
ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام والولد معها **قال** فان
رهن عبدا يساوي الفا كلامه واضح وقوله على ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل
ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر هو يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض
وهو قائم فكان ما بعد الابرا وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفا واذا لم يبق الدين بعينه ولنا
ما ذكره في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق
الدين بالابرا اي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب
سقوط الضمان فانه اذا طلب الراهن ومنع المرتهن بعد الابرا فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله
الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا لانه لم يبق له ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفا ما ذكره
في وجه الفرق بقوله بالابرا يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفا لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد
الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفا لعدم الفايدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور
وقوله فانما هو يعني تعذر الاستيفا فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتوكيد فان اهلك
يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر
الاستيفا وقوله واذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى وقوله لانه اي لان كل واحد من الشرى
والصلح على غير استيفا فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا او قيمته ان هلك في يده قبل الرد وقوله لانه
يعني البراة بطريق الاداء اشارة الى الجواب الاول لما يقال ذمة المحيل برات بالحوالة عما عليه فكان ينبغي
ان يكون بمعنى الابرا فيهلك امانة ووجه ذلك ما اشار اليه ان الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الادا
دون الاسقاط لانه يخلفه اي يعقد الحوالة الى آخره وقوله لانه يعني المحال بمنزلة الوكيل من المحيل بقبض
الدين وقوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم
من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا
يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبل هلاكه امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من
الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق
طارقا يعني بعد التصادق على عدمه يجوز ان يتذاكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فيكون الجهة
باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابرا راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه
لم يبق ههنا توهم على جواب الاستحسان في صورة الابرا والاولى ان يرجع الى قوله فيكون الجهة
باقية

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان
الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها و

اخرتها لمحاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر بالمصدر وفرح جني عليه شيئا فهو عام الا انه
في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة
والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال القتل على خمسة
اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا
فوجدنا ما يتعلق به حكم من قصاص شيء من الاحكام المذكورة احدها او كلا المذكورة وقال صاحب النهاية
لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان كان به قصد القتل اولا فان
كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطا وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان كان معه قصد التاديب والضرب
اولا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جاريا مجرى الخطا ام لا فان كان فهو هو وان
لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار عرف ايضا تفسير كل واحد منهما وصنعهم وكلامه ظاهر وقوله
ما اجري مجرى السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشره قوله فقد تقدم ذكره
نطق بوعيد واحد من السنة منها ما قال عليه السلام في خطبته بعرفات الا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة
يومكم هذا في شهركم هذا في مقامكم هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرئ
مسلم وقوله والقود يعني القصاص معطوف على قوله المأثم اي موجب القتل العمد الاثم في الآخرة والقصاص
في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو باطلاقه لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد
بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اي موجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها اي بالعمدية
يتكامل وقوله لا شرع لها دون ذلك الا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير بحثه ان العمدية
يتكامل بها الجناية وكل ما تكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله العقوبة يتكامل بها الجناية
يوصل المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله ثم هو يعني القود وقوله وهذا تعين مدفعا
للهلاك يعني لان القاتل في الاستئناع من ادآء الدية بعدما استحق نفسه قصاصا يسعه ويلقي نفسه في
التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعا ولنا ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به
ان الله تعالى ذكر فيه الخطا الذي متعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد
ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على النص بالراي ووجه التمسك بالسنة ان الالف واللام
في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود منصرف اليه فيه تنصيص على ان حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره
زاد على النص لشاذ ابن عباس في قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك فوجه المعقول ان المال لا يصلح
موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فانى يتماثلان بخلاف
القصاص فانه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا
للورثة فيتعين فان قيل كيف صلح موجبا في الخطا والقاتل فيبطل القاتل في العمد اجاب بقوله
وفي الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم
يجب المال والآدمي مكرم لا يجوز اهدار دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في
معناه حتى يلحق به وقوله ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد اخذ المال جواب عن قوله لانه تعين مدفعا
للهلاك وذلك لجواز ان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما اخذ

المال صلحا وقد جاز ذلك واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم
من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص
لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه
فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض
الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص بمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي
الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا يأخذون بدل الواحد
كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان
ايجاب المال لغوا مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت ان الاصل القصاص لم يجز المصير
الى غيره الا بضرورة مثل ان يعفو احد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ او ان يكون محل القصاص
ناقصا بان يكون يد قاطع اليد اقل اصبعا وامثال ذلك وقوله ولا كفارة فيه عندنا اي في القتل العمد
سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير
في العمد امس منها اليها في الخطا لانها لستر الذنب والذنب في العمد اعظم ولنا انه كبيرة محضة وما هو
كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه اصول الفقه وقوله ولان
الكفارة جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل حاصله ان القياس لا يصح فليلحق دلالة لانهما
متساويان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطاء
فالجواب ان المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا يستر بها لعدم صلاحيتها لعلتها كما مر وان قال قد
دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم
بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من
النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل
بالحجر والعصا الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم
خالدا فيها فان الفاء يقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه
وهو خلف قال وشبه العمد عند ابي حنيفة الخ اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال
ابو حنيفة شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجراه سواء كان الهلاك به غالبا
كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار او لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو ان يتعمد الضرب بما لا
يحصل به الهلاك غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات واما اذا والى فيقتل شبه عمد عندهما
وقيل عمد محض فلا يسمى هذا النوع شبه العمد لا قضاء معنى العمد فيه والا لكان عمدا واقتصاره انما
في استعمال الآلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها فيها غير القتل كالتاديب ونحوه
لا في استعمال آلة لا يلبث فانه لا يقصد باستعمالها الصوط والعصا وفيما يتم من الابل رواه النعمان
بن بشير يعني اقرعنه ووجه الاستدلال انه عليه السلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه
بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تتساويان في كونهما غير موضوعتين
للقتل لا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل

غالبا واذا قتله وبما والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله وموجب ذلك اى موجب
شبه العمد على القولين يعنى قول ابى حنيفة رح وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد فى الضرب على ما مر تفسيره
والكفارة لشبهه بالخطا والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث
من بعد فهى على العاقلة احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما انقلب مالا فيه على الدية وعن قتل الوالد
ولده عمدا او عن اقرار القاتل بالقتل خطاء وقد كان قتله عمدا فان فى هذه الصورة يجب الدية
على القاتل فى ماله وقوله لقضية عمر يعنى ما روى عنه انه قضى بالدية على العاقلة فى ثلث سنين والحجة
فيه كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانها مما لا يعرف بالرأى وقوله والحجة عليهما السلف ما
قيل ازاد به قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من
مثلهما ان يقولا ما روينا والحق ان يقال انما قال اسلفنا نظرا الى الحديث والى المعنى المعقول قال
والخطا على نوعين انما اعتبر الخطا فى النوعين لان الرمى الى شئ مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد
والجارحة وهو الرمى فان اتصل الخطا بالاول فهو الاول وان اتصل بالثانى فهو الثانى وقوله لما بينا
اشارة الى قوله ويجب فى ثلث سنين بقضية عمر رض ولا اثم فيه فى الوجهين اى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم
رفع عن امتى الخطاء الحديث وقوله ويحرم من الميراث لان فيه اثما بدليل وجوب الكفارة والحرمان من انواع
القتل فيما هو جناية حصل على المورث لمكان تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا كذلك لاحتمال انه قصده
الا انه اظهر الخطا من نفسه وقد ذكرنا ذلك فى شرح الرسالة ومختصر الضوء فى الفرائض مستوفى بتاييد
الله وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل بقوله وموجب ذلك تعمد ان يضرب يد رجل فاخطا فاصاب عنقه
فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره فانه هو خطاء واجرى مجرى الخطا مثل
النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطاء الا انه كالخطاء فى الاحكام
لان المقتول مات بثقله فكانه مات بفعله وقوله لان الشرع انزله قاتلا يعنى فى حق الضمان فكذا فى الكفارة
والحرمان ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق به فى حق الضمان
على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى فى حق غيره على الاصل فان قيل الحافر فى غير ملكه يأثم وما
يأثم من القتل ينبغى تعليق الحرمان به كما ذكرتم فى الخطا اجاب بقوله وهو ان كان يأثم بالحفر فى غير
ملكه يعنى لا الاثم الحاصل بالقتل ينبغى تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله
وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطاء
لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه
واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا ترى ان فقاء العين كما يقصد بالسكين يقصد
بالسوط والعصا الصغيرة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى
تفصيل ذلك فى باب على حدة قال القصاص واجب بقتل محقون الدم على التابيد هذه
ضابطة كلية لمعرفة من يجب القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله على التابيد احتراز عن المستامن
فانه فى دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المبنى عليها القصاص ولا بد من قيد العمد

لما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ارتكب الجناية متكاملة فيه بحث من وجهين الاول ان العلم مستفاد
به وذلك كافيا فى وصفنا القصاص بالوجوب الثانى ان حقن الدم على التابيد غير متصور لانه انما يتصور
منه ان يكون للمسلم فى دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله الثالث انها منقوضة بالمسلم قتل
المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التابيد لثبوت المساواة واذا قتل المستامن مستامنا وجب
القصاص ولا مساواة والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو
وعن الثانى ان المراد بالحقن على التابيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به وخروج الحربى اصل لا
عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الحق
نقصان فيهما مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص
فى القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وقد ذكر قول الشافعى رح وجهه وهو واضح وقوله وهى اى العصمة بالدين عنده
او بالدار يعنى عندنا والحر والعبد يستويان فيها فيجرى القصاص بينهما فان قال قائل ان يكون شبهة
الاباحة مانعة وهى ثابتة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره
اجاب بقوله ولو جريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا
يجرى بين المستامنين وليس كذلك وقوله والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل به الخصم بالآية
الاية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفى ما عداه كما فى قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفى الذكر
بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن
عباس رضى الله عنهما روى ان قبيلتين من العرب تدعى احديهما فضلا على الاخرى اقسمنا فقالت المدعية
الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الاية
ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان التفاوت فى الاطراف يعتمد المساواة
فى الجزء المبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما فى ذلك لان الرق ثابت فى اجزاء
الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها لا يعتمدها الا فى العصمة وقد تساويا فيها على ما مر قال
والمسلم فيه سواء اختلف العلماء فى ثبوت القصاص المسلم بالذمى فذهب عامة العلماء الى عدمه
وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ثبوته وهو مذهب النخعى والشعبى استدل الاولون بما روى ابو جحيفة
قال سألت عليا رضى الله عنه هل عندكم من رسول الله سوى القرآن قال لا والذى خلق الحبة وبرأ
النسمة الا ان يعطى فهما فى كتابه وما فى الصحيفة قلت وما فى الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير
ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة فى وقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا
وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع ودم الكافر مبيح لذلك لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون
فتنة اى فتنة الكفر فتورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم ان رجلا
من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا احق من وفى
بذمته ثم امر به فقتل وفيه دلالة على المطلوب جلا لا عادى وقد بان مداره على ابن السلمانى وهو ضعيف
قال صالح بن محمد الحافظ ابن السلمانى فى حديثه منكر وروى عنه بعضهم ان النبى صلى الله عليه وسلم قتل

بيان
واذا قتل المستامن

وتحقق المساواة اى تحقق المساواة بين المستامن فى قصاص وحين
الدم قبل الا يعنى يجب ان يكون المقتول محقون الدم على التابيد
حتى يقتل بمقابلته القاتل المحقون الدم على التابيد تحقق
المساواة بينهما فان قيل ينتقض بمن قتل المستامن
المسلم فانه يقتل المسلم قصاصا مع انه لا مساواة بينهما
فان المستامن غير محقون الدم على التابيد قلنا هذا تفاوت
الى نقصان فكان وجوب القصاص فيه بالطريق الاولى
كما اذا قتل العبد الحر بخلاف العبد بالاتفاق لا تفاوت
الى نقصان فانه يجوز ان يستوفى الكامل
من النهاية

مسلما بمعاند وهو حربى منكم وقال الشافعى الذى ابن البيلمانى لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل
والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم فى رواية الحديث غير مقبول وقد عرف فى الاصول ولان
القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف يعنى عنده او الدار يعنى عندنا فيثبت قوله
والكفر مبيح قوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره انا لا نسلم ان مطلق الكفر مبيح
بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية قوله
والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة اى قتل الذمى بالذمى دليل على ان كفر الذمى لا يورث الشبهة
اذ لو اورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجرى بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا
فيكون قبل قتل المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من
حديث على بنص عنه وتقريره ما ذكره الطحاوى فى شرح الآثار وهو الذى حكاه ابو حنيفة عن على لم يكن مرفوعا
فلو كان بمجرد الاحتمال لما قالوا ولكن معصوم لا يغرم وهو قوله ولا ذو عهد فى عهده والباقى من الحديث
قوله لسياقه ولا ذو عهد فى عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون
كلاما تاما فى نفسه وليس كذلك لا دلالة الى انه لا يقتل ذو عهد مدة عهده ووجه ذلك انه معطوف هذا
على الاول وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد فى عهده بكافر على طريقة
قوله آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذى لا يقتل ذو عهد هو حربى
بالاجماع فيقدر بكافر حربى واذا لا بد من تقدير حربى يقدر فى المعطوف عليه كذلك والا كان
ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص من وجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا
هذا خلف باطل فان قيل ما كيفية قتل المسلم بالحربى حتى صح نفيه وتقريره واجب فالجواب من
وجهين احدهما المسلم دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا منهم حرام لكن لا يقتص منه والثانى
ان يقتل من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء طال
بحث تطويلها فليقتصر على ما ذكرته قوله ولا يقتل يعنى المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد
كما تقدم فى اول الباب وذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان كالحربى ولا
يقتل الذمى بالمستأمن لما بيناه انه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل الزيادة الى قوله صح بكتبهم
ولا ذو عهد فى عهده وليس بواضح لان المعهود منه فى مثله لما روينا ولانا قد ذكرنا ذلك بكافر حربى
الا اذا اريد هنا كافر بالحقيقة من ان يكون مستأمنا او محاربا وهو الحق وبعد ذا عن السؤال
كيفية قتل المسلم الحربى والجواب عنه وعن قوله لما بينا لان التعديل المذكور ليس بمرعى وانما هو
تاويل من يقل لما روينا وقوله للعمومات يعنى الآيات التى تعمها على وجوب القصاص وقد ذكرناها
وقوله ولانه فى اعتبار التفاوت الى آخره يصلح للجميع لما خالفنا فيه ان فى ذلك **قال** ولا يقتل
الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا
لحياته وهو وصف مؤثر ظهر اثره فى جنس الحكم المعلل فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجده فى صف
الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الاب الى الجد مطلقا والى الام وكذا
كذلك فانهم اسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم وقوله والقصاص يستحقه المقتول

جواب عما يقال الوارث يستحق افناء الولد ولا محذور فيه ولو قال فى الحال ان يتسبب لفنائه
لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك هو ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه بخلاف
ما اذا رماه بسيف او سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة
قال المص رح وهو باطلاقه حجة على مالك رح وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن
فانه يرجم اجيب بان الرجم حق الله على الخلوص بخلاف القصاص وايضا لا يجب الاتحاد اذ فى جانب
ابنه لان له حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك صار شبهة فى الدرء وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن فى يستوجب
وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعنى ولا يستوجب ولده على ابيه اذا قتل الاب عبد
ولده قوله ومن ورث قصاصا على ابيه يعنى مثل ان يقتل الرجل ام ابنه مثلا وقوله ولا يستوفى
القصاص الا بالسيف يعنى اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال الشافعى رح
يفعل ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به ذلك وتمهل مثل تلك المدة
فان مات والا حز رقبته وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصغير حتى قتله
يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة فى الاصل والوصف
اى الفعل والمقصود به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفى استيفاء
القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف
اجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء القتل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز
باعتبار ما يؤول اليه وهذا مختار صاحب الاسرار وفخر الاسلام قدره بلا قود يجب الا بالسيف
واستدل به لابى حنيفة رح فى نفى القصاص عن القتل بالمثقل وقد قدمناه فى التقرير وقوله ولانه
فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم
وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الحز
بعد فعل ما فعل بدونه غير جائز لادائه الى استيفاء القصاص فيجوز التحرز عنه كما فى كسر العظم فان من
كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلأن
يجوز ترك البعض اولى **قال** وان قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى اذا قتل
المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان ترك وفاء او لم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون له وارث
غير المولى اولا فان كان الثانى فللمولى القصاص عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد
لا ارى فى هذا قصاصا واستدل بما ذكره فى الكتاب وكانه حام حول الدرء بالشبهات ولهما
ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو فى الحقيقة نفى اعتبار مثل هذه الشبهة لانحطاطها
عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد
لكم واما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد
بها فيكون ان يكون معتبرة وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على
ما ذكر لان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى موته على نعت الحرية او الرق فانه على قول على وابن مسعود

رضي الله عنهما بموت حر اذا ادت كتابته فيكون الاستيفا لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه
يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان كان الثاني
وهو ما اذا مات ولم يترك وفا فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفا ولا وارث له وورثته
ايضا العدم الفايدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله بخلاف معتق البعض اذا مات
لم يترك وفا يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله
واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المعتوه المقتول الاستيفا لانه من باب الولاية
على النفس شرع لامر راجع اليها اي الى النفس وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان
كل من ملك النكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع
للتشفي وللاب شفقة كاملة تبعد ضرر الولد ضرر نفسه فيحصل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن
بخلاف الاخ وله اي للولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر
في حق المعتوه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ليس له ولاية
على نفسه اي نفس المعتوه وهذا اي الاستيفا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله
والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك وقوله ان الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس عاما تماما دونها
فيملكه وقوله وانه اي المال يجب بعقده اي بعقد الوصي قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار
اذا كان اولياء القتيل صغارا وكبارا فاما ان يكون فيهم الاب اولا فان كان فلهم الاستيفا
عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار
ووجهها ظاهر على ما ذكر ووجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال
العفو في الحال وعدمه فانه في الغايب موهوم فالاستيفا يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ليس
حال الاستيفا فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو لا يجوز حتى لا يتجزى لثبوته بسبب هو القرابة
يثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما
كما لو تعدد القتيل وعفى احد الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله واجيب
بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص ويتغلب ما لا نظر الكل
بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثمه متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره وقوله
المولى مسئلة المولين ممنوعة جواب عن قولهما ان كان بين المولين وسيد منعه ما ذكره في الاسرار ولا رواية
في عبد اعتقه رجلان ثم قتل وله موليان فيجوز ان يقال لا نسلم ان احدهما لا ينفرد بالاستيفا
ولئن سلمنا فاحد المولين انما لم ينفرد بالاستيفا لان السبب لم يكمل في حقه لان نصف الملك
او الولاء ليس سببا اصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وقوله ومن
ضرب رجلا بمر الى آخره واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وكما بيناه اشارة الى قوله يتعلق
كالمقتل ان كان فعلا مشروعا وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال
الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول وقوله ولامرأة في العصمة اي لا شك فيها وقوله ومن
المقصة للمحلين الجلم الذي يجز به وهما جلمان وقوله وما رواه غير مرفوع لانه يلزم على قوله التحرير بالغرق

وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا احدا بعذاب الله وهو محمول على السياسة وقد اومت اي اشارت
اليه اي الى كونه محمولا على السياسة اضافته الى نفسه حيث قال من غرقناه ولم يقل من غرقه وقوله واختلاف الروايتين
مرفوع على الابتداء وقوله في الكفارة خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رح انما كان في الكفارة
فانه روي عنه انه لا كفارة في شبه العمد وروي الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده
من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون على التأبيد عمدا او عدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او
شبهة وقوله واذا التقى الصفان ظاهر وقوله احد نوعي الخطا يريد به الخطا في القصد وقوله وكذا اذا كذب
منصوب عطفا على الكفارة وقوله على ما نطق به النص يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله
ولما اختلف سيوف المسلمين اي توالى وروي ان سيوف المسلمين توالت على اليمان بن حذيفة بعض الليالي
في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله
ومن شج نفسه واضح وقوله وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة
والشاق وقوله يغسل ويصلى عليه انه كون فعله غير معتبرة لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كانه مات
حتف انفه بمعنى من غير فعل في نفسه وقوله ولا يصلى عليه لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله
لم يكن هدرا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبرة الآخرة والباقي واضح فصل
لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي ظاهرها يوجب القصاص
وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله اطل دما اي اهدره وقوله والمعنى اي ومعنى الوجوب دفع
الشر ولان الواجب هو دفع الشر على اي وجه كان لا عين القتيل وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث
والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صال الاول انسان فقتله المصول عليه من البعض
الدية والقيمة وقوله فاشبه المكره يعني ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى
المكره وكذلك المصول عليه وقوله معنا فاشبه المكره يعود على المكره فيعتقد وقوله قال فكذا في ماله اي
لاجل الملك وقوله فكذا استمرارا في الانتهاء لانه اسهل من الابتداء باب القصاص
فيما دون النفس لما فرغ من بيان القصاص في النفس ابتدأ بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الاطراف
وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد
الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذ من الشاج لكبر رأسه فان الكبر قد اعتبر وخير
المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين اخذ ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص بمقدار
طول شجة الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى
وان شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وان شاء اخذ ارشها وقوله على ما قال في الكتاب
يعني العقد ورق وهو ما ثور عن الصحابة رضي الله عنهم روي ان هذا حدث في زمن عثمان فسأل الصحابة
فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنهما وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله
وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما
فان كان النص عطفا فالاستثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها

بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما تفسد به لثاته كذا
في المبسوط وان كان في غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن
فلا يستقيم او منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد
تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عندنا المص بانه عظم حتى قال والمراد غير السن وقوله
ولنا فيما دون النفس شبه عمد فقد ذكره من كتبه ذكر هناك انه عمد وهنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول
على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس او امكن القصاص
جعل عمدا روى ان الربيع عمة انس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة فامر النبي صلى الله عليه وسلم
بالقصاص واللطمة اذا اتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش
وقوله ولا قصاص بين الرجل والمرأة ظاهر وقوله الا في الحر يقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص
فيه عندنا ايضا وان فيه اخذ بقول ابن ابي ليلى وسلكا في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف
بالنفوس لانها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في
القيمة وهو اي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة
دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان ذلك بالحزر والظن فلا يكون مساوية
ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا امكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا
ضابط له فاعتبر اصله فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان التساوي
في قيمتهما بتقويم المقومين واجيب بان التساوي انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة
لا يثبت بذلك كالمماثلة وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس
فان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل والجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي
مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما
سلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينفي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فاعتبرناه
من جهة الاكمل لئلا يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه استيفاء لا
جائز دون البذل بالاطراف والثاني ظاهر قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد كان
واضح وقوله لانه حقه متعين في القصاص لانه لو زال الشلل قبل ان يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص
وهذا عندنا وعند الشافعي ان الواجب احد الشيئين اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما
لفوات محله تعين الآخر قوله ومن شج رجلا فقد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع
اكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله وفي العكس يخير ايضا وهو ان يكون رأس الشاج اكبر من رأس المشجوج
لانه استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان اكثر في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول
في الشين دون حقه فيتخير بين الاقتصاص واخذ الارش والله اعلم فصل
لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها الحقه ذلك في فصل على حدة اذا اصطلح القاتل واولياء
المقتول على القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال التي قليلا كان او كثيرا زائدا على مقدار الدية

لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد
وهو الموافق للام فان عفي اذا استعمل باللام كان معناه البذل اي فمن اعطي له من جهة اخيه المقتول شيء من المال
بطريق الصلح فاتباع اي فليتبع المعطى وهو ولي القتيل مطالبة بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل
لان اكثر المفسرين على انها في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه وهو
القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص فان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب
الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم
فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير العافي بطلب حصته بعد حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص
لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاؤا اقادوا وان شاؤا اخذوا الدية
قال المص والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه يعني ان ليس للولي العدول الى المال الا برضى
القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله نفس معتد بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره يعني كالاعتاق
على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس
للزوجين حق في القصاص والدية عندهما جميعا ونقل من المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف
مالك في الدية خاصة وان الشافعي معنا يقول انهما لا يستوفيان في القصاص وله حق العفو ثم قال وبهذا يعلم
ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط
والايضاح والاسرار وهو مواخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهود من مذهبهما
ما نقله وقوله لهما ان الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث احد الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ولكن
يحمل على ان معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص
والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل اما الاول فحديث امرأة اشيم الضبابي
بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان
يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا ان يستند الوجوب
الى السبب وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت للمورث اذا اوصى بثلث ماله دخلت الدية
فيها ويقضي منه ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من احرز الميراث وكونه مقدوره واذا ثبت ذلك فكل
منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في
السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا
بدل الجزء فكله مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجلة الى ثلث سنين فان كل درهم منها كذلك ونحو
والواجب في الجواب اعتباره وهو واضح قال واذا قتل جماعة واحدا اذا تعدد القاتل
اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا
رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون وصنعاء اليمن
قصبتها وروي عن علي رضي الله عنه انه قتل ثلثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قتل جماعة بواحد وكانت
الصحابة متوافرين ولم ينكر عليهما احد فحل محل الاجماع لان القاتل الواحد فيما وجد الواحد وما غلب وقوعه من القتل
يجب مزجره فيجب القصاص تحقيقا لحكم الاحياء فانه لو لم يجب لما انجز المفسد عن ان يجمع عليه امثاله

لعله ان لا قصاص فيؤدي الى سد باب القصاص وللقايل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع
عليه لم يعتبر في الشرع وان كان فلا يرد على القياس المقتضي لعدم الوجوب بقوله تعالى ان النفس بالنفس وبجواب
انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد وبنوا على ذلك بقوة
اثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله ان النفس بالنفس لا ينافيه على ذلك بقوة اثره الباطن وهو
لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر اولياء المقتولين قتل
بجماعتهم كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني ان قتلهم على
التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا لانه عرف بالشرع يريد قضية عمر رضي الله عنه
ولنا ان كل واحد منهم عن اولياء القتلى انه عرف بالشرع يريد قضية عمر رضي الله عنه ولنا ان كل واحد منهم
اي من اولياء القتلى انه عرف قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى واصله الفصل الاول فان الجماعة
يقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك
لان المماثلة بين الشيئين انما يكون من الجانبين قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح يعني ان القتل جرح
صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان بصفة الكمال لان الحكم
اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم
التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا ولان
القصاص شرع مع المنافي وهو قوله صلى الله عليه وسلم الادمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب
لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل بقتله اي بقتل القاتل فاكتفى به ولا حاجة الى غير ذلك وقوله ومن
وجب عليه القصاص ظاهر **قال** واذا قطع رجلان يد رجل واحد تعدد الجاني في الاطراف
ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص اصلا وقال الشافعي رحمه الله ان وضع احدهما السكين
من جانب والاخر من الجانب الاخر وامراها حتى التقى السكينان فالحكم كذلك لان كل منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا
يقطع به كل يد وان اخذا سكينا وامراها على يد حتى انقطعت قطعت ايديهما اعتبارا بالانفس اما
لكونها تابعة لها واما ان يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلا منهما قطع بعض اليد سواء كان المحل
متحدا او مختلفا لانا نعلم ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الاخر وقاطع بعض اليد لا يقطع
كل يده قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعض وترك بعض متصور ويمكن ان يجعل
كل واحد قاطعا كلا بخلاف النفس فان الانزهاق لا يتجزى والباقي ظاهر وقوله والقصاص ملك الفعل
ثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص حر جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقريره ان
ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بحريته منه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع
من ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله ولتردد حق الاخر يعني ان حق الحاضر
في اليد ومزاحمة الاخر في الاستيفاء موهومة بمعنى انه يعفو او لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين
اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى له بذلك وقوله واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وانما قيد بالعمد
لو اقر بالخطأ لا يجوز سواء كان ماذونا او محجورا اما المحجور فظاهر واما الماذون فانه ليس من التجارة
وقوله حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص لو مبنى لبقائه على الحرية وكذا لا يصح اقرار المولى على العبد

فيه وهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار كونه بالايقاع فاذا اقر بسبب يوجب الحد يحد
وقوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر فيعمل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان عمي
فقد سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى
اخر خطأ وفيه نظر لان هذا ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما
الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يتصف
بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء
بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى القصد بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطأ
نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني وللقايل ان يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو يكون
الا امدادا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب ان الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن
الجاني كمن رمى الى شيء فظنه صيدا فاذا هو انسان او القصد مطلقا كمن رمى الى الهدف فاصاب انسانا
وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى الحلال لما كان الرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا
ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان
قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فاصاب رجلا غير مرادها او رمى الى شخص فظنه
فيه فبان ان ذلك خطأ لان قطع يد رجل او قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا له من كل وجه

فصل ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن
قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا القتل والقطع اذا حصلا في شخص واحد كانا على وجوه ان يكونا خطأين
او عمدين او يكون القطع خطأ والقتل عمدا او بالعكس فكذلك بالقسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منهما
موجب لخلاف من القصاص واخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان
كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين او اهدار احدهما واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل
في الاعم يقع في غالب الاوقات بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل
الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او
تخلل البرء فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل ولا اختلفا جنسا
فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانسا خطأ جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل
البرء والاختلاف فاكتفى بدية واحدة وان تجانسا عمدا فقد يجمع بانتفاء المانع وهو مختلف فيه قال ابو
حنيفة رح الولي بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل وبين ان يقتل وقالا يقتل ولا يقطع وقوله فان
شاء الامام قال اقطعوه وقال شمس الائمة السرخسي يشير الى الخيار للامام عند ابي حنيفة وليس كذلك
بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار وقالا الجمع ممكن لتجانس
الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود
وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذا
عن الحز واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز واذا
انقطعت السراية صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد

ما إذا كانا خطأين وتقريره أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك إنما يكون بالحز القاطع للسراية فأرش اليد إنما يجب بالحز القاطع للسراية وهو يوجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لأن ضمان الكل يشملها والتكرار فيهما غير مشروع فلا يجتمعان فإن قيل ضمان اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة وهي إنما تتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لأن العمد مبناه على التغليظ والتشديد وهذا يقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه وأما الخطأ فبناؤه على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى في موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل أن كان شجة فالتحمت ونبت الشعر فإنها لا تبقى معتبرة لا في حق الأرش ولا في حق حكومة عدل وإنما يبقى مجرد الألم على أصل أبي حنيفة رح وعن أبي يوسف رح في مثله حكومة عدل وسيأتي في تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد رح أنه يجب أجرة الطبيب وإن ضرب مائة سوط وجرحه وبقي لها أثر يجب له حكومة عدل دون الأرش لأن حكومة عدل إنما تكون لبقاء الأثر وهو موجود والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس بأن لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير إلى أنه إذا لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وإن جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رح لأنه لم يكن إلا مجرد الألم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما وشمل هذه المسند مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبيل فصل الجنين قوله ومن قطع يد رجل اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رح خلافا لهما فإذا وقع شيء من ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه لأن الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه القطع أو القتل إذا اقتصر أو سرى فكان العفو عفوا عنهما ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فإن الإذن بالقطع إذن به وبما حدث منه حتى إذا قال لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى إلى النفس لم يضمن والعفو إذن انتهاء فيعتبر بالإذن ابتداء وصار كما إذا عفى عن الجناية فإنه يتناول الساري والمقتصر فكذا هذا ولأبي حنيفة رح أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة والمتقومة قد تحقق والمانع منتف لأن العفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفى عن القطع وهو غير القتل بالسراية وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحق فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا إذا عفى عن اليد ثم سرى وإذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان لأنه هو الموجب للعمد إلا أنا تركناه لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فيجب الدية وقوله ولا نسلم أن الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فإنه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع ساري فكيف يصح منع ذلك والجواب أن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك وهي مخرجة عن حقيقتها كما

يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتداء إضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح ولما أزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلا وقوله وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا جواب عن قوله والقتل إذا سرى يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو مضافا إلى القطع مضافا إلى غير محله فلا يصح وإذا لم يصح العفو عن فعل القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو صحيح قوله فلا يتناول العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضا وخلافا وهو أيضا في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رح يكون عفوا عن أرش اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما وعنده عن أرش الشجة لا غير آذن بذلك أي أعلم بذلك إطلاق أي إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الإطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد لأن الدية في الخطأ على العاقلة فأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة والجواب إنما هو لأحد نوعيه وتقديره فعلى القاتل الدية في ماله إن كان القطع عمدا وقوله كما لو أوصى بإعارة أرضه يعني إذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية واستنفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لأن المنافع ليست بأموال وفيه بحث من أوجه الأول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني أن الوصية بإعارة أرضه باطلة وإن صحت بحكم التهايئ فيكون للموصى له يوما وللورثة يومين إن لم يقبل القسمة وإن قبلها يفرز الثلث للموصى له والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظير ما ليس بمال والجواب عن الأول أن المنصوص نفي تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث لكن يثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لأن الإرث خلافة ذي نسب المتوفى الحقيقي أو الحكمي أو نكاحا أو ولاء حقيقة أو حكما في ماله أو حق قابل لها بعد موته وقد قررناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كالدين لا يتعلق بالمال بل إذا قال لجماعة بلا خلافة يصح أن يكون موروثا ولا يتعلق بتوفية القصاص كذلك كما تقدم وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبر عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث أن المنافع أموال إذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه إشكال وهو أنه إذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يدخل في حصته وأجيب بأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وإنما عفى عنه المال بسبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال وإذا قطع

المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما ان يقتصر او يسري فان كان الاول صحت التسمية وتصير الارش وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطأ وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطأ او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون ما لها من المهر بما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص سقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة دينار وهو معلوم فالمانع ان يكون هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولا بد له من المهر يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبولها التزوج يتضمن العفو والمعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل والعفو لم يتناوله لذلك فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه ويريد به قوله لانه هو الموجب للعمد واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة ان تساويا وان لم يتساويا ترد عليها الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها ظاهر وقوله ولا شيء عليها اي لا دية ولا قصاص وقوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر المثل وقوله ولهم اي للعاقلة ثلث ما ترك اي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية وقوله فاتفق جوابهما في الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منه او على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالمعقول ثلثة قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكم الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا شيء عليه على ما سيجيء وقوله ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما دليل ابي حنيفة رح فيحتاج الى الكلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بانه اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه احد وليس المسند ذلك وانما هو بناء على انهما اوجبا قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فضمنان لايجاب

لا بد علة الضمان عليه فضمنا كما لو شهدا على رجل انه ابرأه عن الدين ثم رجعوا وقوله انما لا يجب المال في الحال جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في الحال وقوله وملك القصاص في النفس ضروري جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلث وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يظهر في التصرف في غيرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا فيه في غير موضع الضرورة ولا حق فيه فيجب الضمان وقوله فاما ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ملك القصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما او عفا وما سرى وقوله الصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفى وهو اختيار بعض المشايخ فانهم ترنموا بالفرق واما صاحب الاسرار فمنعه وقال لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفى عن الكف وقوله ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا اليه من قبل وقوله فصار كالامام اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شيء عليه وقوله والمأمور بقطع اليد كما اذا قال اقطع يدي ففعل فمات لا شيء على القاطع وقوله في مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيهما اي في المسئلتين بالفعل ما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقدا كما في الامام من المسائل يعني البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا يتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى صيدا فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وقوله بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد حربي او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير للركوب اذا عطبت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى واجيب بان في الثلثة الاول حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الآذن ولو اهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا اذا اذن بسبب الهلاك وكذا الاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه ينفرد بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل وكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع فلان القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

فصل

شهادة في القتل

القتل بعد معرفة ما يحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة رح تمسك لصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك لصحة العفو من المورث المجروح استحسانا لان الشافعي والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلورود قبل ثبوت حقه وجه

الاستحسان ان السبب قد تحقق فتح من كل منهما كذلك واذا ظهر ذلك فهذه وجه قولهما ان القصاص طريقه طريق
الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين واستدل
لهما على انه طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الهداية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت فتقضى به ديونه وينفذ منه وصاياه
ولابي حنيفة رح ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى
ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكونه ملك الفعل لا
يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله بخلاف الدين جواب
عن قولهما كالدين لانه اي الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه
يملكه وان كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره
وهذا انسب للقواعد الفقهية فان المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله فان اقام القاتل البينة وامضى قوله
لانهما يجران تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبي
رح لانهما زعما ان القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا في
الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذبهما او يصدقهما القاتل دون
المشهود عليه او بالعكس والمذكور في الكتاب اولا هو ان يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا
لما ذكر من التعليل واشار بقوله وحده الى انهما لو صدقاه بها ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا فيه لانهما ادعيا
على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو
فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما اي كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شيء للشاهدين
وللمشهود عليه ثلث الدية لما ذكره في الكتاب وقوله وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبهما القاتل
غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين
وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به
القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه
بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبهما مالا والثالث لما صدق
الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك له
ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا
هذا قال واذا شهد الشهود انه ضربه صورة المسئلة ظاهرة وقوله اذا كان عمدا قول
المص رح احترز به عن الخطأ ثم قال وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح لانه لو لم يكن كذلك لا يجب القود
عند ابي حنيفة رح كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود
واجيب بانهم لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يحل لهم
ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه واقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية
لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا فيتم على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المص رح وقوله واذا
اختلف شاهدا القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين في الاقوال يمنع عن الحكم

بما في النفوس اولى وقوله لان المطلق تغاير المقيد فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا
على العاقلة وقوله فان شهدوا انه قتله وانا لا ندري وقوله ولانه مجمل اجمالهم في الشهادة فيه صنعة التجنيس التام
كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى [illegible]
وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي
شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان
لا يقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك
لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا ما علموا بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري احسنوا الستر
على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم بهذا معفوا عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب
من يصلح بين اثنين فينمي خيرا ولم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فيقبل شهادتهم وهو معنى قوله ولو اكذبهم
ظاهرها دون باطلا اي بتجويز الكذب وقوله وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى
اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان
ورود الحديث هنالك ورودا ههنا وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك يعني اذا احتمل ان يكونوا علموا
وجهلوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل
في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان مسئلتان مبناهما على ان تكذيب المقر له المقر
في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر له بالنصف وكذبه في النصف
صح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا
له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كل ما اقر به
بطل الاقرار لانه رد للاقرار وعلى هذا لو قال المقر له بعد قوله قتلناه صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا
منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلته وحدك وفي ذلك تكذيب
الاخر في الجميع وهو تكذيب له

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال الصفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به وقوله ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه
والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد
اسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن لان من اخرج المتقوم من التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا
اعتق المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه فصار به مبرئا كما اذا ابرأه الرامي
عن الجناية او حقه بعد الجرح اي انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة رح ان الضمان
يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي
والمرمي اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله فانه
يؤكل بعد الرمي لا يحرم لان فعله ذكوة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت
الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة انسب من قول المص رح حتى جاز بعد
الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل اذا كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته
فالفعل هو الواجب القصاص اثبات بقوله والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة

الثانية من اعتبار حالة الاصابة وجبت الدية اي في ماله ولو كانت المسألة بالعكس فلا شيء عليه في قولهم جميعا
وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا
بصيرورته متقوما بعد ذلك ونوقض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء
على الرامي واجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون
اقل من ذلك فان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده
ثمانمائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى
وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى
فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت
السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل
ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وطعنا انه يقصر قائلا الى آخرها في الكتاب هو ظاهر على مذهب ابي حنيفة
وابو يوسف رحمه الله يحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله فبكى الاسلام حيث
اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما والتقوم
يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن
هذا يعلم ان ابا يوسف رحمه الله يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح جواب عما
يقال لمحمد رحمه الله من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية وتحقيقه ان العتق فيهما يوجب قطع السراية
لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك يمنع تبدل المحل والكلام تحقق في ثنائه فيه لان الرمي قبل
الاصابة ليس باتلاف شيء منه لعدم اثره في المحل وانما يتعلق به الرغبات فلم تختلف الانتهاء الابتداء فيجب
قيمته للمولى وقوله وان كان يخالف النقصان في وجوب القيمة يعني ونقول بالدية نظرا الى حال الاصابة فانا نجد
ما حققناه والباقي ظاهر الى آخره والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لانها احدى موجبي الجناية المشروعين في النفس
لكن القصاص اشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا
اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد قال ودية شبه العمد مغلظة شبه العمد
قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته
عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو
نص في كونها بالتحرير والصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف
قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلال من الآية بوجهين آخرين احدهما بالنظر الى الفاء وذلك
لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او بقي
منه شيء وشذ محل الابرعاة لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وقد نويت ان يعتق وعبده حر
لم يقبل لا يكون الجزاء الا المذكور ولئلا يختل النظم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكره
لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان بناء على ما عرف في اصول الفقه ويجزئ رضيع احد ابويه مسلم لان

شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الابوين والثاني بالظاهر وهو
ان الظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم يعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة
في الخطأ لما تلونا يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية اي دية شبه العمد عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة
رحمهما الله وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق وقوله في بطونها اولادها
صفة كاشفة والثنية كلها للتثنية واستدلا بقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطأ المحض
فان الابل فيه يجب اخماسا وذلك اي كونه اغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال ان الثابت منه مطلقا
هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما رويناه فيه قلت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم
في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما رضي الله عنهم قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله عنه يجب اثلاثا ثلث
وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وثلاث وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه مثل ما قلنا ارباعا
والرأي لا مدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رويناه واذا تعارضا كان الاخذ
بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يزاد في الدراهم على عشرة آلاف درهم
او الف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح رحمهما الله تغلظ في النوعين الآخرين اي الدراهم
والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطأ والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فزاد على اسنان
دية الخطأ يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان القتل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب
لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الجوهرين
فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يزداد
التغليظ لان عمد الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص
بالدلالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بينا من قبل يعني في اول كتاب الجنايات
قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا اخماسا نصب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا
من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد اجمعت الصحابة رضي الله عنهم على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن
مسعود رضي الله عنه على المائة لكن اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود يؤخذ عشرون بنت مخاض وعشرون
بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذنا نحن والشافعي رحمه الله لان ابن مسعود
رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود رضي الله عنه
وعن علي رضي الله عنه انه اوجبها ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة
وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا لكن ما قلنا اخف وكان اولى بحال الخطأ لان الخاطئ
معذور ونقل الخبر عن الشافعي استثناء من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان

ابن عباس والحجة عليه ما ذكرنا انه اليق بحال الخطأ وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق عشرة
الاف درهم يعني وزن سبعة وقالا ثلث فيه من الورق اي الفضة اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما
ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ان عمر رض روى عن النبي عليه السلام انه قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم
فتعارضنا فيحتاج الى التاويل وذكر المص رح تاويل ما ذكره الشافعي رح انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة
وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر رض فابطل عمر رض ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال
روى عمر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة الاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى
عهد عمر رض وذلك يناقض والثاني ان وزن ستة يزيد عليه اثنا عشر الفا فلا يكون التاويل بذلك صحيحا والجواب
عن الاول ان المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم عاد
وزن سبعة وعلى هذا يجوز ان يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يوجد من الدراهم وزن سبعة ايضا
ولا يناقض ح وعن الثاني ان شيخ الاسلام رح قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الاشياء ما الا انه
اضيف الوزن الى الستة تقريبا وقوله ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها
اي من هذه الانواع الثلاثة يعني الابل والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن
الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسيره ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم
وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المص رح كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار وقال في
النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل وقال فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل
مع ولي القتيل على اكثر من الفي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة رح على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو
صالح على اكثر من مائتي حلة وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل وقوله لان عمر رضي الله عنه
هكذا جعل على اهل كل منها قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع
عمر بن الخطاب رض الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى اهل الابل
مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولابي حنيفة رح
ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء
ما وجب ضمانه بالاتلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة
كما رويناه وعدمناها في غيرها فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت انها في معناها من كل وجه وليس
وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط اذ ذلك هذا شبهة على ما روي عن ابي حنيفة رح من قوله ولا يثبت الدية
الا من هذه الانواع الثلاثة وجه وبعدها ان محمدا رح ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على اكثر
من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان
الاصناف الثلاثة ايضا من الاصول المقدرة عنده ايضا وذكر الجواب على وجهين احدهما تقرير الشبهة
ويرفع الخلاف ولا ادري صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما ترى آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل
على انها قولهما وحمل بعض مشايخنا على ان في المسئلة عنه روايتين قال ودية المرأة على النصف
من دية الرجل دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي
عليه السلام والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للرأي فيه وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا ينتصف

قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي رح الثلث وما دونه لا ينتصف وذكر في ديات المبسوط وكان
زيد بن ثابت رض يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دونه فحكم الرجل والمرأة
فيه سواء فان زاد على الثلث فح حالها فيه على النصف من حال الرجل وكذلك قال بعد هذا في قول المص رح اعتبارا بما
دونه والصواب ان يقال اعتبارا بها او بما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد رح في الاصل بلغنا
عن علي رض انه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبه نأخذ ثم قال
زيد بن ثابت رض ثلث الدية وما فوقها ينتصف وما دونه لا ينتصف وبه اخذ الشافعي رح وبهذا يصح قول
المص رح واحتجا في ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن
ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب رحمهما الله ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان
قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة اصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان
قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال
اعراقي انت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي رح وقال السنة
اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال
الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعتها اقل لا يمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد
ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه
لئلا يلزم مخالفة التبع الاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يخالفه عقل كل عاقل لا يمكن اثباته
بالشاذ النادر وقول سعيد رح انه السنة يريد به سنة زيد رض فان كبار الصحابة رضي الله عنهم افتوا بخلافه ولو
ولو كانت سنة الرسول عليه السلام بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها قال
ودية المسلم والذمي سواء دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها
على الوجه الذي ذكر وهو واضح وقد استدل الشافعي رح بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله
تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله عليه السلام المسلمون يتكافؤ دماؤهم على ان دماء
غيرهم لا يتكافؤ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة ينتقص الدية فبالكفر اولى وبان الرق اثر
من آثار الكفر وبه ينتقص الدية فبالكفر الموجب له اولى والجواب عن الآيتين ان المراد احكام الآخرة على
انهما لا يعارضان قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية
الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة وقع
من حيث النقصان في المالكية فان المرأة يملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي
يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز مما في يده من المال والذمي
يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس اولى وان لم يكن لنا في المسئلة الا ما روى الزهري رح ان دية
الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان
زمن معاوية رضي الله عنه جعلها على النصف وما روي عن علي رض انه لشهرته انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا
واموالهم كاموالنا وما روي عن ابن مسعود رض دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن ابن عباس رض
ان النبي عليه السلام ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور في المسئلة ما لا يخفى على احد

فصل فيما دون النفس أعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها **قال**
وفي النفس الدية وقد ذكرناه أعاده ذكر النفس فيما دون النفس تمهيد لذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني
في أوائل الجنايات ومعنى قوله في النفس الدية يجب الدية بسبب إتلافها كما يقال في النكاح حل ومنه قوله عليه السلام
في خمس من الإبل السائمة شاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه كل ما يأتي
في البدن عضوا كان أو معنى مقصودا يجب بإتلافه كمال الدية ومن الأعضاء ما هو فرد كالأنف واللسان
والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المرأة والأنثيين
والرجلين ومنها ما هو أربع كأشفار العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين
ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا
في الآدمي على الكمال يجب كل الدية وقيد المنفعة والجمال بالكمال لأن فيما ليس بكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه
تفويت عضو مقصود كما إذا قطع لسان الأخرس أو آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء
والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ لأنه لم يفوت جنس منفعة
ولا فوت جمالا على الكمال وإنما فيه حكومة عدل وأما إذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لإتلافه كل النفس
من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية
كلها في اللسان والأنف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فإن كان جنس المنفعة أو الجمال قائما بعضو واحد
ففيه يجب كمال الدية وإن كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وإن كان قائما بأربعة أعضاء
ففي كل واحد منها ربع الدية وإن كان قائما بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وإن كان قائما بأكثر ففي كل
واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله قيل تقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف
مما تتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الألف والتاء والثاء
والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون
وفي كون الألف من ذلك نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف فإن لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية وذكر
أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكل ما قرأه أسقط من الدية بقدره
وما لم يقرأه أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الأول وبه صحح شيخ الإسلام رحمه الله وبأن الإقامة يعني
الحروف وهو ما لا ينفع يحتاج إلى اللسان إن تأتت بدون اللسان لكن الإفهام الذي هو المقصود لا يتحقق
فيجب الاستحسان بالجميع وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه المعاني فقيل
إذا صدقه الجاني واستحلف على البتات وبه كل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدليل الموصل إلى ذلك فإن لم
يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والإنكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل ويناديه فإن أجاب علم أنه يسمع
وحكى الناطفي عن أبي حازم القاضي رحمه الله أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها
ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها فظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر
أن يستقبل الشمس مفتوحة العين فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب
وذكر الطحاوي أنه يلقى بين يديه حية فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم أن
يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة فإن تنفر علم أنه لم يذهب شمه وقوله لأن كل واحد منها منفعة مقصودة

فصل [illegible]

يعني ليس فيها استتباع كل واحد منهما الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب إلا دية واحدة لأن الأطراف تتبع
النفس أما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه إلا دية واحدة فيقول هذه
المنافع بدون الموت أولى فإن في الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه كما ذكر في الكتاب
وقوله لما مر إشارة إلى قوله لأنه يفوت به منفعة الجمال قالوا لو حلق رأس إنسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة
الحلق بل يؤجل سنة لقصود النبات فإن مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق وقالا فيه حكومة عدل
وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله في الأذنين الشاخصتين أي المرتفعتين وهو
لدفع إرادة السمع وقوله إنه يجب فيها كمال القيمة هو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله اعتبارا بالأذن
في الحر لفوات الجمال والتخريج هو الظاهر وهو أنه يجب نقصان القيمة وقوله هو الأصح احتراز عما قال بعض
مشايخنا يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي الخطأ والعمد يعني كما يجب
الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا إذا حلقهما عمدا قيل وصورة حلقهما أن يظن مباح الدم فحلق أولا لحيته
ثم ظهر أنه غير مباح الدم فيرد أن موجب القصاص موجود إذا كان عمدا فالمانع عنه عدم الإمكان وأجيب
بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت إلا بالنص أو دلالته ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص
وهو الجرح لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات ولا
قياسا لأنه ذي الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا **قال** وفي العينين الدية
الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والأشفار جمع شفر بالضم قال المطرزي
يحتمل أن يراد الأهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطئة من خطأ محمدا رحمه الله في إطلاق الأشفار على الأهداب
قالوا الأشفار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب فقال
المصنف يحتمل أن يراد الأهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر المحل وأراد الحال ويحتمل أن يراد الحقيقة
فإن في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكره في الكتاب وقوله
وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع يعني أن عشر الدية الواجب بإزاء كل أصبع إنما هو بمقابلة مفاصلها
فما فيه ثلاث مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل واحد منهما نصفه وقوله والأسنان
والأضراس كلها سواء قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والأسنان كلها سواء أو يقال والأنياب والأضراس
كلها سواء لأن السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنان
فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك
تلي الأنياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحين من كل جانب ست ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن
وهي آخر الأسنان تسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس
سواء لعوده إلى معنى الأسنان وبعضها سواء فإذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت أسنانه كلها كانت
عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته
أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة
وهو خلاف النص وقوله لأن المتعلق يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا
فوات الصورة فإن قيل لا نسلم أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما في

من خلق الحاجبين واللحية وليس احدهما اولى باستتباع الآخر فيكون الحصر في غير موقعه اجيب بان
الجمال المقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الا يرى انه اذا قطع اليد
الشلاء يجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم يتكامل الجناية من حيث تفويت
الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا ايضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع
لوجود المستتبع اولى وقوله لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة النسل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال
وهو استقامة القامة قيل انه تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة
وهي تزول بالحدوبة

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من
انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله ذكر في فصل على حدة قال الشجاج عشرة وجه
ذلك ان قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم اولا الثاني هو الحارصة والاول
اما ان يسيل الدم بعد الاظهار اولا والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم اولا والثاني هو الدامية والاول
اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم اولا والثاني هو الباضعة والاول اما ان اظهرت الجلدة الرقيقة
الحائل بين اللحم والعظم اولا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر على الاظهار او يتعدى والاول هو السمحاق
والثاني اما ان يقتصر على ايضاح العظم اولا والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم اولا والاول
هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصول الى الجلدة التي بين العظم والدماغ
اولا والاول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة
وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجيء في الكتاب وفي
الكلام فيه تعدد علم بالاستقراء بحسب الآثار ان الشجاج لا تزيد على ما ذكره في الكتاب وقد علم من ذلك حقيقة
كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله ولا قصاص فيما فوق الموضحة تريد ما هو اكثر شجة منها وهو
الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق و
السبار ما يسبر به الجرح اي يقدر قدر غوره بحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها من
الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل واما على رواية فقد قال يجب القصاص
فيما قبل الموضحة وقوله وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر
والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل على ما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان
مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في الشجاج وقع اتفاقا
وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى
يعني يرجع الى المآخذ الاشتقاقية فمحمد ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان اذا اتصل احدهما
بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها تقطع وقوله واما اللحيان فهما العظم
الذي تحت الذقن وقوله وقد تحقق فيه معنى المواجهة فوجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة
والجواب انا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله ثم ينظر الى تفاوت
ما بين القيمتين مثلا ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم ان الجراحة اوجبت
نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته [illegible] والفتوى على هذا وقوله

مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه ان عمق الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة
فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان
ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي فانه اعتبر حكومة
العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد

فصل

لما كانت الاطراف دون الرأس وفيها احكام على حدة ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد نصف الدية لان في
كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل وقوله على ما مر اشارة الى قوله
ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الى آخره وقوله ولا تبع للتبع يعني واذا لم يكن تبعا الا للاصابع
ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشرع شيء مقدر فيجب فيه حكومة
عدل واجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به
من يفصل الى المنكب كما في آية السرقة وقوله وان قطع الكف من المفصل واجتمع وقوله والترجيح من حيث
الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما
من حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس
كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض
النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الرأي ضرورة ولا ضرورة عند امكان ايجاب
الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة رح للتقدير الشرعي لم يفرق بين ان يكون الباقي
من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذا
المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له ارشا مقدرا وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا
حكم للتبع وقوله في الاصبع الزائدة حكومة عدل يعني سواء قطع عمدا او خطاء وسواء كان للقاطع اصبع
زائدة اولا اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان
وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان دية الاصبع الزائدة
حكومة عدل ودية الاصبع الغير الزائدة ارش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة واما اذا كان له اصبع
زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم توجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائدة
حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة وقوله لانه جزء من يده ولكن
لا منفعة فيه ولا زينة قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة وفي راسه
لم ينبت مثلها فانه لم يجب فيه حكومة عدل وان كان الشعر جزء من الآدمي بدليل انه لا يجوز الانتفاع
به واجيب بان ابانة جزء الآدمي انما توجب حكومة عدل اذا بقي من اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة
وانما الشعرات تزينه لا تشينه فلا توجبها كما لو قص ظفره بغير اذنه وقوله وكذلك السن الشاغية
اي الزائدة لما قلنا يريد قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي تخالف نبتتها
نبتة غيرها من الاسنان فيقال رجل اشغى وامرأة شغواء فانها وان كانت زائدة فهو نقصان معنى وقوله
والقيافة لا تصلح حجة للالزام انما تفيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى اذا
شيء لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يخرج من عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة فيقع

من قبيل قوله تجزيه ومنبع قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه في هذا بيان ان الجزء قد يدخل
في الكل قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وهي فوق البهائم
حيث ان العقل ليس في موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر
بيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط ارش الموضحة بيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية
وليس يختص به لكونه معلوما وقوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر
لكن بسبب الموضحة البعض وبسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقوله
وجوابه ما ذكرنا قيل يعني به قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله فقد تعلقا
بسبب واحد وهو اشمل من الاول وقوله قالوا يعني المشايخ رحمهم الله هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
قال في النهاية ذكر ابي حنيفة مع ابي يوسف رحمهما الله وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة
فينبغي ان يذكر محمد مكان ابي يوسف رحمهما الله كما هو في الايضاح او لا يذكر احدا اصلا كما هو رواية المبسوط
وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ واما اذا كان عمدا يجب ارش
الموضحة ودية السمع والبصر عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر
وقوله وجه الاول هو ان ارش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله على ما
بينا يعني قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله وجه الثاني يعني قوله وعن
ابي يوسف رحمه الله ان السمع والكلام مبطن قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا يرتسم فيها المعاني ولا يهتدي
الى نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم
بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر وقوله وقالوا يعني بعض المشايخ رحمهم الله وينبغي ان يجب الدية
في العينين والارش في الموضحة وقالا في الموضحة القصاص قالوا اي المشايخ رحمهم الله وينبغي ان يجب الدية
في العينين وقوله لهما في الخلافية اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قال لا يجب في الموضحة القصاص
وفي العينين الدية ولابي حنيفة رحمه الله ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تحل قصاصا فلا تكون سارية
اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة ولان الفعل واحد وهو
الجناية الى الثانية حالة الشج وكذا المحل اي محل الجنايتين واحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر ونهاية
لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف النفسين جواب
عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله ووجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا بينا
ان الثاني حصل من سراية الاولى وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الآلام وهو انما يكون
في شخص واحد وقوله وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال لو قطع اصبع رجل
عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال المسئلتين
لم يكن كذلك ووجهه ان القطع الثاني في ايتام لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب
العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا مقصودا الضمير فيه عائد الى ذهاب العين
بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظر وان الصواب
ذكره في الذخيرة انه مقصود ولكن ليس من اثره فانه رجع العين الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد

الصحيح فيعين بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني وقوله وقالا وزفر يكتب غير جائز ولو
قال وقالا فيهما دية لو كان صوابا وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه
الى آخره وقوله انه يجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب البصر وعن محمد رحمه الله على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين
ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على اذنه حتى ذهب
سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه اذا كان بفعل مقصود يجب القصاص وكذلك
بسراية الموضحة وقوله بخلاف الخلافية الاخيرة يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى وقوله الا يرى
ان الشجة بعينها موجبة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابي حنيفة رحمه الله والقصاص في الموضحة والارش في
العينين عندهما وقوله فنا كلفنا اي صار متلفا واحدا بالكل وهو على التداخل يتبنى على الرواية المشهورة ورواية
ابن سماعة عن محمد رحمهما الله يعني فلا قصاص على المشهورة وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه
اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل فيقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا
الالم فيجب ما انتقص بسبب الالم من القيمة وقوله فنبتت سن الاول يعني بغير اعوجاج وان نبتت معوجا يجب
حكومة عدل وقوله وهذا يستانى حولا اي يؤجل سنة بالاجماع وقال في التتمة حتى يبرأ موضع السن لا حولا لان
الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله المصنف لان الحول
يشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل منها ما يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في
انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع
في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستانى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع وقوله في
فيل السن اي قال الضارب انما سقط سنك من ضربك وقال المضروب بسبب آخر وقوله ليكون التأجيل مفيدا يعني ان
التأجيل انما كان لينظر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا في ذلك
اي في سقوط السن بعد السنة وقوله سنبين الوجهين اي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله يجب
الارش يعني كاملا وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه يمكنه ان يضربه ضربا يسوده ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس
التي لا ترى او من الاسنان التي ترى وقالوا يجب ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس التي لا ترى فينبغي
في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لانه لا يرى بظاهره فيجب حكومة عدل وان كان مما
يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ رحمهم الله يجب كمال الارش وعند
آخرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد يكون لون الاسنان
لبعض الانسان وانما يمكن فيه نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الاسنان
بحال فكان مفوتا الجمال على الكمال اذا كانت بادية قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر
وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الموعود فقيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله
ان ابا حنيفة رحمه الله يقول ان المنافع الى آخره جواب عن قول ابي يوسف رحمه الله ان الالم يحصل الحاصل
وقول محمد رحمه الله انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه ان تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا
لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او شبهة كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة
ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزم شيئا وقوله ومن ضرب رجلا يعني اذا ضرب رجلا بخرص

منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان لم يخرجه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثره فهو اختلاف قد مضى
في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة رح ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف رح ووجوب اجرة الطبيب
عند محمد رح وقوله ومن جرح رجلا جراحة وامتنع قوله لانه مال واجب بالقتل ابتداء يعني لا يعقد بحدث
بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمدا كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكن ذكره لبيان
خلاف الشافعي رح وقوله لا سبيل الى زيادة يعني المعجل فانه زائد على المؤجل الوصف في المالية وهو معروف
فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما جاز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا
وصفا لا تتابع للعقد وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله
على الواحد كل واحد منهم وقوله ولهذا تجب الكفارة به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير
لا يجب عليهما وقوله ويحرم عن الميراث الى اصله اي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث
على اصل الشافعي رح لانهما يتعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تحقق
احد حكمي القتل وهو القصاص يتحقق الحكم الآخر وهو وجوب الدية في مالهما اذا امتنع ذلك فصل
في الجنين عقب احكام الجملة احكام الجزء الكلي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام واذا ضرب
بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمي بدل
الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر
في باب الدية قال المصنف رح معناه اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية
المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر
ان لا يجب شيء لانه لم يعلم حيوته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك ولان
الظاهر انه حي او معد للحيوة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان
الام ان تمكن ووجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم
او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وروى الامام المحبوبي ان ذو فيها امة حمل من المسند فقال فيه غرة عبد
او امة وقال السائل ولم والحال لا تخلو من انه مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب ديته كاملة
وان لم ينفخ فيه لا يجب شيء فسكت دفع فقال ذا السائل اعتقك سابية فجاء نحو الى ابي يوسف فحكاها
فسأله عنه فاجابه ابو يوسف بمثل ما اجاب به فحاجه بمثل ما حاج السائل فقال التعبد اي ثابت بالنص
من غير ان يدركه العقل وهذا دليل على ان قوله رح فيه هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس
ذكرنا انفا ويحتمل انه رجع من احدهما الى الاخر والحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة الاف
درهم وانما بين الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار
المالية قوله اي كان خمسمائة درهم قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا يبلغ خمسمائة
بانه ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجي وقيل
وقع من اواخر الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة وقوله في ماله اي
الضارب لانه بدل الجزء اي جزء الادمي فصار كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا ديته اي المرأة
من الودي وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت

احديهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه
بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص
على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العاقلة جواب عما قال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة
كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر وقوله ولان بدل العضو
اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها او اكثر وفي بعضها واكثر قال الشيخ رح
وكلاهما غير صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا اكثر صفة لاقل او بكلمة
ثم ولعل العطف بالواو يفيد ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر
كان الحكم كذلك وقوله بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من يجب في ثلث سنين صورة ان يشترك عشرون
رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين على ما يجي في المعاقل ان شاء الله
وقوله ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة بانه عبد او امة قيمته خمسمائة لاطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام
في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم وقوله ولان في الجنين دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى
واراد بالجنين تثنية الجنين الولدين المنفصلين الذكر والانثى ومعناه انما ظهر التفاوت بين الذكر والانثى
من الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الادمية في المالكية فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا تملك
الا المال ولا تملك النكاح فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الادمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار
واحد وهو خمسمائة وقوله وان القته حيا ثم مات اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد
الضرب وهي ان خروج الجنين من الام اما ان يكون في حال حيوتهما او في حال موتهما او في حال حيوة الام وموت
الجنين او على العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض
عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه
الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكرنا في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة
ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن
فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنق الرحم
وغم البطن فلا يلحق به ذلك الا قياسا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال
وما يجب في الجنين موروث عنه كلام واضح وقوله في جنين الامة يعني في جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من
المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وطريق ذلك ان يقوم الجنين بعد
انفصاله ميتا على كونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى
وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو صالح الجنين ووقع
النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وانوثته يؤخذ بالمتيقن قوله
لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان يعني في الاصل الا يرى انه اذا قلع السن فنبتت مكانها اخرى
لا يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على انه وجب باعتبار معنى النفسية لا
الجزئية فيتقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال ابو يوسف هذا في ظاهر الرواية عن ابي يوسف

قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو الظاهر من قول ابي يوسف رح وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لاستكماله حيوته اعتبارا لحالة التلف لا يقال هذا اعتبار لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحال ايضا قيمته حيا لجواز ان لا يكون حيا فلا يجب قيمته حيا هنا لانه بل يجب الغرة وقوله ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا تسعمائة درهم يجب على الضارب مائة درهم وقوله على ما ذكرنا انه يجعل هذا يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة من قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنفس فلا يتعدى الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا يرى انه لم يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى الشرح

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه والعرض بالفتح الناحية قيل المراد به ههنا ابعد الناس منزلة اي اضعفهم وادناهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلثة اشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمذكور في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع الا على قول محمد رح فان فيه خلافا بين العلماء قال ابو حنيفة رح لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه وقال ابو يوسف رح وقال محمد رح ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة رح وقالا ليس لاحد ذلك على قول محمد رح فظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه احد واما ابو يوسف رح فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي يحدث يريد ان يجعلها في يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت واما وجه قول ابي حنيفة رح المذكور في الكتاب فقوله ويسع للذي عمله بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني يتعدى باعتداء وحقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا فاما اذا كان غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة هنا وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الاسلام هو المراد بقوله لانها مملوكة وليس ذلك بعلة لان الدرب قد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كان فيه ضرر او لم يكن وقوله وان اشرع في الطريق بيان لوجوب الضمان وقوله لما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله فالضمان على الذي احدثه بينهما يعني نصفها على المحدث ولا ضمان على الذي عمره لانه لم يوضع في حد الحائط والمدفوع كالآلة وقوله وان سقط الميزاب فهذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصاب الطرف الداخل او الخارج او اصاباه جميعا وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه وكلها مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الارث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والاصل في الملك غيره كما في الرمي قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيهما والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني نعلم بيقين انه قتل باحدهما ولا نعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار وقيل المشتري ايضا معتد بترك الرفع مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبيب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من دفع حجر الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب واستشكل ايضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح شاغلا هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله ولو حركته اي الجمر فقيل فيه تلويح الى ان الريح لو حركت لشدتها فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا وقوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلوائي رح وقوله وقد افضت اليها الى ما فيه وهي الخرق بواسطة وقوله ولو استأجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فنائي فان لي حق ذلك ولم تعلم الفعلة غيرها قال ففعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل وبعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استأجر لذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآمر وان قال اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم ان لا حق له في ذلك او لم يخبرهم ففعلوا فسقط واتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر لذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الآمر استحسانا وفي الاستحسان ان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناءه مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون قرار الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل واظهار جهة الفساد قبل الفراغ لان امر الآمر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له

البرج

المنفعة بعد الفراغ من العمل وقوله لانه صح الاستيجار يعني بالنظر الى انه له ان ينتفع بفناء داره فيما نحن
الى هذا كان امره معتبرا ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه
تقيد بشرط السلامة لكونه في ملكه فكذا اذا امره وقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب والرش والتوضؤ
وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو احيا الحق الملك بحقيقة ولو
لانه صاحب يد والعلاقة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل اعتبارها وقوله في فناء حانوته قيل الفناء سعة امام
البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله فتعلق اي
تشبث وتعلق بالبناء وقوله يجب الضمان على الآمر لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير
الآمر او اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في
الكتاب فيما اذا كان الاجير جاهلا حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر
فمات فيها انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير
ان الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال ومن حفر بئرا
في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الصغرى
على بنائه اذن الامام والافتيات للاستبداد بالراي افتعال من الفوت وهو السبق قوله وكذا الجواب
هذا التفصيل يعني انه لو فعل بامر من له الولاية كالامام لم يضمن ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمن وقوله
مما ذكرناه يعني من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن
وحفر البئر وقوله وغيره يعني ما لم نذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله
وكذلك ان حفر في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امر الامام بحفره في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفر في
ملكه وان لم يأذن له الامام وقوله وكذا اذا حفر في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه وقيل هذا
لذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر بان لا يضر لاحد او اذن له الامام اما لم يكن كذلك
يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب وهو ان يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما لو
كان في سكة غير نافذة صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما اي اختناقا بالعفونة
قال في الصحاح يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول ابي حنيفة
انه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقيه الا يرى انه لو حبس رجلا في بيت حتى مات غما
لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر
من الوقوع لوجوب الضمان وقوله فان استأجر اجراء فحفروها له في غير فنائه يعني وان كان الفناء
للغير وطريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما ان يعلموا انها في غير فنائه او لا فان كان الثاني فالضمان على
المستأجر ولا شيء على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا وذلك يكفي لنقل الفعل الى الآمر
لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى
ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله لانهم كانوا مغرورين دليل قوله
ولا شيء على الاجراء وصار هذا الامر صحته ظاهرا وكون المأمور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق
الغير لان هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا او كون الامر مسببا والترجيح للمباشر

فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر
متعد فيترجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينتقل فعلهم اليه وليسوا
بمغرورين فيبقى الضمان عليهم فبقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى
كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بعدمه لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الاجراء
حيث علموا طولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا
ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا اصلا واجاب بما اشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره بان الذابح مباشر
والآمر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وان قال لهم هذا فنائي ظاهر قوله
فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يده في التصرف الى آخره فان قيل قوله
ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر
يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة
قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح وقوله لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع
الخشبة تعد اما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر واما الثاني فلانه فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر
على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية
تعد لا محالة وقوله وهذا اللفظ يعني قوله فعطب به انسان يشمل وجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشيء
المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعدما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط
على انسان ومع ذلك لا يحتمل التعثر به ثم لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله
في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال هو ضامن فبينهما فرق
بين العبارتين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان انه لم يضمن
وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف نظر
الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتقييد بما ذكرنا يعني بوصف السلامة وقوله
ما لا يلبس عادة يعني مثل اللبد والجوالق والدرع والجوشن في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على
ما يحتاج اليه على رواية ابي سماعة عن محمد رحمهما الله لعدم عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد
وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من
اهل المسجد وقوله كنصب الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو
مختار الاسكاف قال ابو الليث وبه نأخذ الا ان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو اصلح منه ولكن
ان يكون المصلي هو اختار وقول ابن سلام ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة
وقوله وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها فيما اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرروا
الجماعة وقوله وقصد القربة لا ينافي الغرامة جواب عن قولهما لان هذا من القرب وقوله كما اذا انفرد
بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكنه اخطأ الطريق فان شرطها ان يكون الشهود اربعة ثم يسمع شهادته
فاذا انقضت انقلبت قذفا واستوجب الحد قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل وان
جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فاما ان كان في الصلاة او لم يكن فيها فان كان في

الصلوة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلوة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا
لغيرها ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتكلم او للتعليم او لتعليم
او للحديث او للصلوة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال
المصنف رح فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار
ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول ان عبارة الكتاب تكرار لانه قال
وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب انه قوله وان كان في غير الصلوة
ضمن لفظ الجامع الصغير ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف رح بيان لذلك وقوله فهو على هذا الاختلاف
يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام ان يقول قد
قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد انما بني للصلوة
والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله
وانتم عاكفون في المساجد وقوله وله ان المسجد انما بني للصلوة لان المسجد موضع السجود الا يرى ان المسجد
اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالقراءة والذكر والتدريس لانه يطلب موضعه
دون العكس وما عرف ان بنى المسجد الا لاجل الصلوة فيه ولا دلالة لما ذكر من الآيتين على ما سوى الاذان
والعكوف وليس الكلام فيه وكونهما من توابع الصلوة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضوع له
وما الحق به وما ثبتا في تابع

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل
كالجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها في فصل على حدة قال واذا مال
حائط الى طريق المسلمين اخذ في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا رحمهم الله
استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروي عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين رحمهم الله
والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب وقوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا
بالمسلمين وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس وقوله ويتحملها العاقلة قال محمد رح ان العاقلة لا
تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له
كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب
الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا
ولو قال ينبغي ان تهدمه فذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما
كان او ذميا او صبيا او امرأة ان مال الى طريقهم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب
الدار او سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او
لم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على احد وقوله والشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف
صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله لان فعل هؤلاء كفعله اي فعل
الاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما اهدر القتيل
بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم
الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ وصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير فانها في

ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقض بعد التقدم اليه
الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي
صرف مؤنة النقض وبنائه ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء
وكان ترك النقض انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمانه وقوله في عنق العبد يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان
القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام
المال كالحر فانه منفك الحجر عنه في الاكتساب بسبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لان
فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله لان الاشهاد على المولى من وجه اما اذا
لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهة الايدي انه
لو ادعى انسان حقا في دار بيد مأذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من
وجه واما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند ابي حنيفة رح للمولى ان يستخلصه لنفسه بقضاء الدين فكان
هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبرنا في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا
ان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله وصح
التقدم الى احد الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا
جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئا
اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم
اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب ان الاشهاد على جماعتهم متعذر عادة
فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب بالنقض انسان ضمن صاحب
الحائط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي عن القتيل الاول برفعه مفوض الى الاولياء لانهم الذين يتولونه
دونه وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا وقع الجناح في الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم
تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح
في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه القاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا الى
فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن القى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك
تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل هو
جناية لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد
في حق النقض لا في حق القتيل فكذلك جعل فاعلا في حق القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا
يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله فسقطت يعني الجرة بسقوط الحائط
الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا
فيما يحدث في ملكه سواء كان الحائط مائلا او غير مائل كذا في المبسوط وقوله فعليا اي فعلى كل
واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله وله اي لابي حنيفة رح ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل
المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر لان اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى
بين ذلك وهو القليل اي ذلك الاصل يعني ان الجزء اليسير ليس مما يهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل

واذا كان كذلك فيضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بعدد الملك الا يرى انه لو اشهد عليهم جميعا
ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم حصته الدية فبترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على
من اشهد عليه وعلى هذا يخرج مسئلة البئر فيقال انها اجتمع في حقه معنيان احدهما موجب للضمان وهو
التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا واحدا
جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة انه ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين
وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله الا عند
المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية يضاف اليه واذا اضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان
اليه وبعضها غير معتبر يجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد وذلك صار الضمان نصفين باعتبار احدهما
واهدار الآخر باب جناية البهيمة والجناية عليها ذكر جناية

البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان قوله
لما اوطئت الدابة والفصيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز ان يكون مفعولا لا يطأ محذوفا وتقديره او
الدابة بيدها او رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطي وقوله ما اصاب بدل من قوله لما اوطأت الدابة
والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو ان يضرب الشيء بجسدك ومنه اصطدم الفارسان
اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من
اوجه ثلثة لانها اما ان يكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها فكلا
سواء او مشتركا متناوبا او متفاضلا فاما ان يكون الاول فاما ان يكون سائقا لها او قائدا وامّا ان يكون راكبا
عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب
الاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف
الدابة او تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهي راكبها فوطئت بيدها او رجلها ضمن وان كدمت او نفحت بيدها
او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لانه في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة
اتصلا بالمتلف وكانها وطئتا جميعا والمباشر ضامن متعديا كان او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد في
الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال
لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقا لها او
قائدا او راكبها او لا واقفة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد اذ ليس فيه ايقاف الدابة
وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقد اوقفها صاحبها فعليه ضمان ما اتلف
في الوجوه كلها لانه بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت
سائرة فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله او انفلتت فان كان
الاول ضمن ما اتلفت ما لم يتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لانه بارسالها بلا حافظ مسبب للاتلاف وهو
فيه متعد وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا
كان او سائقا او قائدا الا النفحة بالرجل والذنب لانه مباشر او مسبب متعد والغرض من هذا الاسهاب
بيان قول المصنف والراكب ضامن لما اوطأت الدابة الى قوله وكذا اذا اصدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب

في ملكه لان هذا الجواب انما استقام في قوله ما اصاب بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله او كدمت او خبطت او
صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مرّ آنفا وذكر الاصل الذي ينبني عليه هذه الفروع فقال والاصل ان المرور
في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين
كل الناس اما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع
واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى
حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة قوله
والمرتدف فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير
على ما اراد لا يختلف لانها في ايديهم وتحت تصرفهم وقوله ثم هو يعني الايقاف اكثر ضررا بالمارة جواب عما
يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فليلحق به ووجهه انه اضر
منه لانه اي الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به وقوله والسائق ضامن لما فرغ من بيان احكام الراكب
بين احكام السائق والقائد وقوله والمراد النفحة اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وانما فسر بذلك لئلا
يتوهم ان المراد به الوطئ فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله واليه مال
بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاده عنها
وقوله وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله ولا يمكنه التحرز وقوله وقوله
الرجل جبار معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطئ مضمون بالاجماع
وقوله وانتقال الفعل جواب عن قولهما فيه لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه
ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وههنا بتخويف بالضرب فلا يلحق به وقيل وفيه ضعف لانه لم
يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل آخر وهو ان سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما
الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب الاقوى ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرنا وقوله
الرجل جبار وافق برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه كل ذلك سبب الضمان يعني لان كل واحد
لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله لانه كل ذلك سبب الضمان معنى لان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف
فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلفت بالوطئ وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف على السوق في
الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل
في التلف منفردا كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا من الدفع الذي هو مباشرة وتذكره تخصيص العلل
ومخلصه فانه من مظانه قال واذا اصطدم فارسان فماتا اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما
الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما
بالذكر وما ذكره نص والشافعي هو وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن عمر نحو كلا الوجهين
فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الى آخره
ويبحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح
والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول انه ذكر

متعرض بالواقع في البئر لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفايدة فسقط
ايجاب الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه
فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارض احد
له في قتل فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط
بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله وهذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد
والخطأ اي وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل منهما وفي الخطأ الدية الكاملة على ما ذكره في الكتاب
الا انه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي قيمة العبد ورثة المقتول
الحر قيل ينبغي ان تسقط عن العاقلة لان الدية اولا تثبت للمقتول ثم للورثة يخلفونه والعاقلة ههنا
موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمل العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها
على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما
اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى المستحق اولا هو الجاني فيسقط وبالنظر الى
ان الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك والباقي واضح وقوله لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء يعني
السرج وساير الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شيء فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه
لا يقصد حفظه وقوله على ما مر قبيل اول باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله ومن قاد قطارا والقطار
الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح **قال** وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم
ربط بعيرا الى القطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربط القايد او لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط
انسانا فقتله فعلى عاقلة القايد الدية لامكانه تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار مسببا متعديا والدية
تتحمل على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجع عاقلة القايد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي
اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة المبسوط ضمن القايد ثم يرجع على الذي ربط
البعير ووفق الامام المحبوبي بينهما بان عبارة المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القايد والرابط
الا ان العواقل تتحمل عنهما وعبارة الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول
لم يرجعوا لان القايد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء وقوله ولم يطلب وقوله
وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء ظاهر وقوله قالوا يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف
والمشايخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القايد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط
والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القايد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكر في الكتاب وقوله ومن ارسل
بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو ارسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا
وساقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والارسال
فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء وقوله انقطع حكم الارسال اذا
لم يكن طريق سواه اي سوى طريق اليمنة واليسرة بان كان على المحاذاة ما اذا وصل اليه لا ينقطع حكم الارسال
كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة وقوله كما اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله لان هذه اي وقفة
الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير لان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله وبخلاف

على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسئلة ويتبين به الفرق بين الارسالين كما يتبين بقوله بخلاف ما اذا
وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله على فوره اي فور الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا وقوله لما مر اشارة الى قوله
انقطع حكم الارسال وقوله قال محمد هي المنفلتة اي العجماء التي جعل النبي عليه السلام فعلها هي المنفلتة لا التي
ارسلت فانه افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا وكان تفسيره احترازا عن الاجراء
على عمومه وقوله من الارسال واخواته يعني السوق والقود والركوب قال في النهاية كان من حق الكلام ان يقول
من الارسال واشباهه او يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق والقود لما كان اختا للارسال
كان الارسال اختا ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اختا وبعضها اخا من غير دليل وليس بشيء
لان تأنيثه ههنا مؤنث معنوي حولف فيها بتصغيره حتى يأتي على ذلك **قال** شاة لقصاب فقئت
عينها الجزار القطع وجزر بمعنى نحر والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث وانما قال
وجزور بربع القيمة ولم يقل بعيرا ليتبين ان البقر والابل وان اعدا للحم كانا لا يختلف الجواب فيهما بل
سواء كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه وقال الشافعي هو ضمن
النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء
رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب
والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم دليل معقول على
ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقء العين لا
يفوته بل عيب يسير فيلزم منه نقصان المالية وقوله ولانه انما يمكن اقامة العمل بها دليل آخر وهو ايضا واضح
لكن الاعتماد على الاول الاثرى ان العينين لا تضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام وانما قال ذلك
لان المعول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله او نخسها يعني بغير اذن
الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب
لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرط ضمان المباشر فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس
يترك بالاثر وفيه اثر ابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقد اشار الى الجواب بقوله لان الراكب
والمركوب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة اذا الوثبة المهلكة انما كانت منها فكانا
مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الى امر لهما على ذلك فكان الناخس بمنزلة الرامي
للدابة والراكب معا على فعلت الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب
عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال
النفحة اوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق ايضا عند اكثر المشايخ وهي مما لا يمكن التحرز عنها
فالجواب انها لا توجه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس وهو مأذون كان سائقا
والكلام في التحرز انما يعتبر في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله ولان الناخس متعد
في تسبيبه دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه
وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغني عن ذكره بذكر التعليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب

مباشر فيما اذا اتلفت بالوطئ لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في
النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا مسببين وترجح الناخس في التغريم فتعدى وفي استعمال
الترجيح ههنا تسامح لان شرط اذا كان متعديا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه
فاعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه وليس فيه فعل
وقوله والواقف في ملكه والذي يسير فيه سواء يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا
عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه ينتصف الضمان هناك على عاقلتهما وقوله والثاني اي الوطئ مضاف
الى الناخس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئت الدابة وهذه رواية ابن سماعة
عن ابي يوسف رحمهما الله وقوله مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليهما اي الى النخسة
وقوله ولا يتناوله من حيث الاتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا لازما منه ولانه
وقوله فيقتصر عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف وقوله والركوب وان
كان علة جواب سؤال تقديره الراكب صاحب علة للوطئ على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع
فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق
فعل الوطئ والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطئ ولكن النخس ليس بشرط لهذه
العلة لتاخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة الوطئ فكان الوطئ ثابتا بعلتين
فيجب الضمان عليهما وقد يشكل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وضمانه كما اذا امر صبيا يستمسك
انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد اما على الصبي فلانه مثل بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف
السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى احد كانت منفلتة وفعلها جبار وقوله
وان كان حرا اذا كان مبتاعا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدي والباقي ظاهر

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته
عن رتبته لا يقال العبد لا يكون ادنى رتبة من البهيمة فكيف اخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية
البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك **قال** واذا جنى العبد جناية خطأ
اعلم ان التقييد بالخطأ ههنا يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون
النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال اذ لا يجري القصاص
بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل للمولى اما ان تدفعه بها او
تفديه يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبرأ المجني عليه اعتبارا لجناية العبد
بجناية الحر وقد بينا انه يستانى في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء
قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد
فيتبع المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا
الفداء وقوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبنا [illegible]

جنايتهم في ديتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله فيجب في ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين فان
الدين في ذمته يكون شاغلا لماليته حتى تباع فيه الا ان يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكما في الجناية على
المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ يجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف
المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله ولنا ان الاصل اي الحر ظاهر وفيه
بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرناه
بناء على اصل ونحن على اصل فمن اين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال الشافعي يجعل وجوب موجب
جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل
وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر
وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى
النص الذي لا يحتمل ابطاله ليس بمبني على اصل يبطل بابطاله الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية
ان يجب على المتلف يبطل ايضا بقولنا الاصل ذلك في موجب جناية العمد والخطأ والاول مسلم ولا يفيد لان
الكلام في الخطأ والثاني في حيز النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقال والاصل في الجاني
ان يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب وقوله الا انه مخير استثناء من قوله
والمولى عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في
الكتاب وتحقيقه ان الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على
وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله وفيه ان الواجب الاصلي
هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر
الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل
الى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب سواء كان له ان ينتقل الى القيمة ولهذا اي ولكون
الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى
ذكرها التمرتاشي ان القيمة هي الاصل ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا
لما ذكر في الاسرار وان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع
ثم قال في الرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف
الحر الجاني جواب عما يقال ههنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر
استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر فانها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد **قال**
فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارش الجناية وكل
ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر ولان التاجيل في الاعيان باطل
لان التاجيل شرع للتحصيل تيسيرا وتحصيل الحاصل باطل واما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع
قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه قيل كون الشيء بدلا عن الشيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى
ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الوصية واذا صار مالا
تعلق به وكذلك التيمم بدل الوضوء والنية شرط دونه الاصل وغير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب

بمقابلة الجناية في النفس والعضو ايجاب الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما
تضاده المؤجل كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في
الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فترجح جانب الحلول لكونه فرع
اصل حالي موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المص ما يشعر به وجه ان يقال الاصل
ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا
بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وبيان ان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق
حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس
امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتحقق بوجوبه حالا وهو ضرورة لان
ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو عوض مرضي به وقوله على ما بينا اشارة الى قوله فيه ان الواجب الاصلي هو
الدفع الى آخره وان مات اي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولا او فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء
وطولب بالفرق بين هذا وبين حنث لكفارة اليمين فان الحانث مخير وان عين احدهما قولا لم يتعين
وههنا قد تعين واجيب بان حقوق العباد اوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا
واما حقوق الله فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب به وقوله لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق
الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده
لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن
ايفاء واستيفاء حكما فكان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليست الجناية كذلك وقوله على قدر ارش
جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان يقسم على قدر العوض وقوله لما ذكرنا يعني
قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني وقوله وعلى هذا حكم الشجات يعني لو شج رجلا موضحة وآخر
هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسا من الابل ولصاحب
الهاشمة ثلثه لان له عشرا والى صاحب المنقلة نصفه لان له خمسة عشر فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله وهي الجناية
المختلفة يعني يجوز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله وان
يجب للمقتول جواب سؤال يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحق فما
الواجب ان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه انا لا نسلم ان المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق
يجب للمقتول الا انه لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط لانه من اهل الملك حقيقة
فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى **قال**
فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه
فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن يضمن
الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع في الكتاب وقوله وعلى هذين الوجهين يعني
قبل العلم وبعده وقوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا جنى العبد جناية فقال ولي الجناية هو عبدك فادفعه
او افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكرنا في

الكتاب ولم يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها اخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها
خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للفداء مع تمكنه من الدفع وقوله والحق الكرخي به البيع والهبة
في الصيرورة مختارا لما ذكرنا في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله والاطلاق
الجواب يعني فعليه الاقل من قيمته ومن ارشها الى آخره وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد
جناية خطأ فانه يتناول النفس وما دونه وقوله وكذا المعنى لا يختلف لان كل واحد مال وقوله لانه يزيل الملك فعلا
في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع
نقضه وبخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارا بهما لان الملك ما زال قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط
الخيار لنفسه كأنه مجيز للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كأنه فاسخ للبيع فلم لا يكون المولى
بالبيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفداء واجيب بان ذلك ضرورة لم يتحقق ههنا وهي
لو لم يجعل مجيزا وفاسخا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتعذر الاجازة
في الثانية واما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا
وقوله بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبها
يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء وكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما
ذكرنا قبل يعني في اختيار الفداء وقيل في العلم بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه
حتى صار مهزولا او قلت قيمته به فانه اي الضارب هو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه
واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى ولي الدم ان يأخذه ناقصا ولا
ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية وقوله وكذا اذا كانت بكرا
فوطئها يعني يصير مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزءا منه وقوله بخلاف التزويج يعني
لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المص بقوله لانه عيب من حيث الحكم
وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب
ولكن لما كان حكميا لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى ان الوطء عيب به حيث قال التزويج تعييب
وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يدها وعينها وذلك لان التعييب حقيقة يثبت به اختيار
الفداء لان فيه حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله بخلاف وطء الثيب فانه به لا يصير المولى مختارا
للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله في ظاهر الرواية احترازا عما
روي عن ابي يوسف انه ان مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على
امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك
فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع
وقع الوطء حراما لانه اذا اجاز العقد بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها المنفصلة
فالوطء حصل في غير ملكه فللتحرز من ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية
من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين ان الوطء كان في غير ملكه وقوله بخلاف الاستخدام
يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان

الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة
تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين
واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وفي
غير الاظهر احتراز عما ذكره في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة والرهن لانه اثبت عليه مستحقا
كالبيع وقوله وكذا بالاذن في التجارة يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجز عن الدفع ولا ينقص الرقبة
الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان فيه لان
الغرماء يتبعونه وولي الجناية اذا دفع اليه فله ان يمتنع من قبوله **قال** ومن قال لعبده ان قتلت
فلانا او من علق عتق عبده بجناية يوجب الدية مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو
مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند الحكم
ليس شيء منها بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه شيء يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة في
الكتاب قوله ولنا ظاهر وقوله ولانه حرضه دليل آخر ومعناه ان المولى حرض العبد على مباشرة
الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعليق اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط وهو الحرية والظاهر انه يفعل
رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت
الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند
التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها
ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد
وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا وقوله ووجه ذلك يريد به بيان
الفرق بين اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا
وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية
به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين ان
المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان
الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث الشبهة
كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص
بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا
اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا
عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل الولي ايضا كذلك دلالة لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن
القليل كان بكونه عوضا عن الكثير ارضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود ولهذا لو نص على
ذلك ورضي به المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح
ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وقوله
وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام رح وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة
على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة

بدا ه

المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله الى آخر ما ذكرنا يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على
خيرتهم بين العفو والقتل وقوله وبهذا الوضع يرد اشكالا مثل اي الوضع الثاني في النسخة الغير المعروفة
وانما خص هذا الوضع بوروده الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه
ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق
الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد الاشكال على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع في
وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة ايضا يرد اشكالا فيما اذا عفي عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث
لا يجب القصاص وههنا قال يجب واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر ههنا من وجوب
القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه
المسئلة على التنصيص جواب القياس دون الاستحسان فيجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب
الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان
فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم ههنا فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق له
كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا ويبطل به الجناية كذلك لان العفو عنها ابطالها فبعد ذلك
وان بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل
الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على المال فاذا لم يمنع الجناية لم يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا
اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الى آخره وقوله ضمن
قيمتين قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت القيمة اقل من الارش وقوله للمفوت حقين
وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كل واحد منهما ضمانا بكل القيمة على الانفراد ان يكون
كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما
ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما ايضا
والاصل ان العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان
فضل شيء كان لاصحاب الجناية وانما بدأنا بالدفع لان فيه توفير الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع
ثم يباع لحق الغرماء ولا ينعكس لانه لو بيع في الدين لم يمكن الدفع بالجناية لانه تتجدد للمشتري الملك
ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا اجيب بانه اثبات
حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث
الجناية لان موجبها صيرورته جزاء فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء
صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى
الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه
الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بها
يوجب الارش دون القيمة وقد مر وقوله بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في مقابلة الحق
يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا **قال** واذا استدانت
الامة المأذون لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها فان

كون ه

الولد يباع معها في الاولى دون الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء
حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او نحوهما وكان من الاوصاف الشرعية القارة
فيلائم سريه الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك في ذمة
المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او استخدام وانما يلاقيها
اثر الفعل الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا عينيا يحصل عند الدفع وقوله الشرعية
في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان ينتقل الى
غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول بتحوله واعترض من وجهين احدهما لا نسلم ان الدين
في ذمتها فان المولى ان اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون انسانا فانه
لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى اثر الدفع الى الارش المستحق بجناية جني بها
عليها فجاز دفعه اليها بطريق الاولى لان الولد جزؤها والارش ليس كذلك فلما لم يسر الى جزئها ولو
الفعل حقيقي كان اولى ان لا يسري الى ما ليس بجزء منها واجيب عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد
المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء امر عرضي بين المتلف وهو المولى
فيقابله خراج العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المالية وهي مستلزمة تقوم المنافع وهي موجودة لا
هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف ههنا كلا في محل لا يمكن الاستيفاء من غيره
بخلاف صورة النقض فان قلت اذن كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني بان الارش
بدل جزء منفصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بجميع اجزائها فاذا فات جزء منها لا بعوض
العوض مقامه كما لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية لانها بدل الكل بخلاف الولد فانه
بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء وقوله واذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب
الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله واولياء العبد يعني من كان الدية له
من قتيلها وابرأه المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك او
مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم ولذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى
ولا على العاقلة الا بحجة وقوله واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك
خطأ وانا عبد وقال الآخر بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره
الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى
دفعا او فداء واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمنكر المقر له منكر لذلك التاريخ
فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار
وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول للعبد اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقوله كان القول قوله
واجيب بان اعتبار التاريخ يعني مع يمينه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان

قال ومن اعتق جاريته ثم قال لها هذه المسئلة ايضا مبنية على اسناد الاقرار الى
حالة منافية للضمان ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي او اخذت من
غلة عملك وانت امتي فقالت بل كان بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا

عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يضمن الا شيئا قائما بعينه فانه
يؤمر برده عليها يعني لو كان اقر باخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد
فيه مجمع عليه بناء لمحمد رح على الاصل المذكور واجاب عن تمكن الشيء القائم بعينه بانه اقر بيده اي بيد المأخوذ
حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التمليك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر
بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها
او قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ
من غلتها وان كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف
غيرهما فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك براءته عن ضمان
العين قصاصا وارشا وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه بناء
على ان جنس العضو المتلف اذا كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا
ان موجب العمد القود على سبيل التعيين وكذا العدول الى المال وفعل العدول اذا فات المحل بطل الحق
بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتعويض لا قصاص
فيه فلا يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد فقأ ذهب بنوره ولم تنخسف والقصاص فيه جار
وقوله وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن ليس تعلق بالمحل فيجيز مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة
اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال الحربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال المسلم اخذت منك
مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم كان على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه اسند اقراره
الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة والحاصل ان هذه المسائل على ثلاثة اوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو اذا
اخذ الغلة او وطئها وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها الا وهو قائم في يده وفي وجه
اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية
للضمان يوجب سقوط المقر به والآخر ان من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج
على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث مخرج عند محمد على الاول
وعندهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله على ما بينا من قبل اشارة الى
ما ذكر قبيل فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي هو غير مضطر في اعطاء الزيادة لانه يتخلص
عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء او قيمة العبد لان المتلف بامره ما هو الاقل منهما

قال واذا قتل العبد رجلين عمدا كلاهما واحد الى قوله وان ذلك ضعفا لهم الثلثان ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي
من ولي العمد عند ابي حنيفة رح واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قيمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كا
التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيستحق كل واحد منهما على
وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وانه اذا وجبت قيمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي
كان فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضولي آخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين
المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال

عند المناجزة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
في هذه المسئلة نفذ ايقاع العبد المدفوع لولي الخطأ ووجه للساكت عن ولي العمد لانه حق ولي العمد
كان في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة
واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت عن ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين
فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة اعتبارا بما كان في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة ان اصل حقهما ليست
في عين العبد بل الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان
حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه الف
درهم الفان لرجل والف لآخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول
والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف وكذا هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت
للمشتري في العين ابتداء وقوله واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما قريبا له عمدا بقوله اي قريبا لهما
قال تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبدا لهما اعتقاه فعفا احدهما بطل
حق الآخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفة وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى شريكك او
افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله والاشهر انه مع ابي يوسف
قالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كل واحد من الوليين في نصف القصاص شائعا لان ملك المولى لا يمنع
استحقاق القصاص له لان العبد في اصل حق الدم مبقى على اصل الحرية والمولى منه كاجنبي فيستحق دمه
بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا فاذا انه شائع
في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب
على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع
او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله
في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه
في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالا لان المال
لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلافا كثيرا والتعويل على المسموع قال
لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاولى ترجيحا لجانب الفاعلية
ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة
آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة عند ابي حنيفة ومحمد
وهو قول ابي يوسف رحمهم الله اولا وقال ابو يوسف آخرا وهو قول الشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت
ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية
وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة انما هو بدل المالية فلهذا يجب للمولى وهو لا يملك من العبد الا من حيث المالية
ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او ببدلها ان هلكت
كقليل القيمة وكالغصب وانما بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما نرى ترجيح لجانب المالية على الآدمية
لان الهالك قد اوجب الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المالك وان كثر لا تماثل النفس وتماثل المال ولابي حنيفة

رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ
حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية
حتى … عليه الملك بلا خلاف والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس
يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى
من اهدارهما فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع
انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله وضمان الغصب جواب عن
قولهما وكالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله وفي قليل القيمة جواب عن
قولهما وصار كقليل القيمة وقوله باثر عبد الله بن مسعود وقع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة
العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح لموافقة اكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض
بما روي ان عليا وابن عمر رضي الله عنهم اوجبا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان المروي عن ابن مسعود
رضي الله عنه ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدى اليه العقل وليس فيما روي عن غيره ذلك بل فيه بيان
سائر الاموال من تبليغ قيمة ما بلغت وكان محمولا على انهم قالوا بالرأي وشذ لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع
من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية
هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية
لانه لا يتعلق به القصاص ولا الكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رحمه الله قال في بعض
الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزاد على
نصف بدل النفس فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر
يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد كما يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو اي القيمة بدل الدم
على ما قررنا اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وقوله وان غصب
انه ظاهر قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب فيه وقوله
في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته يمنع
القصاص وقوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل اي في وجوبه على وجه يستوفي لا في
اصل الوجوب لانه لا فائدة الا الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل اي في تعذر الاستيفاء
وقيل اي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء
وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال
سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في حالتين
فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما لاختلاف
التقدم في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد
منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط
حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة خلفت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى
له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالتين وهي حالة

وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه في الذي لا يثبت
بالشبهات فانه يحتاط فيه حتى قال لآخر لك على الف درهم من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضي
بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يجري فيه البذل والاباحة فيها فلا يبالي باختلاف
السبب كذا في الشروح وفيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال
ليست كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالنكاح والفروج فانه استشهد بعدم حل الوطي وهو مما يثبت
بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري فيه البذل وهو راجع الى الاول وقوله ولان الاعتاق قاطع للسراية
دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح
عبدا انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان
فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية حصل
بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية فان
قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية
وهو القتل لانه اذا سرى تبين ان الجناية قتل لا قطع ولهما انا تيقنا بثبوت ولاية الاستيفاء في العمد
للمولى فيستوفيه لان المقضي له وهو المولى معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بجواز
الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق لان
المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة
ولا معتبر باختلاف السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد وارث سوى المولى في العمد
لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني
المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية الى آخره فان الحكم فيها مختلف لان ملك اليمين
تغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبته ولو اثبته لم يكن
مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق
قاطع للسراية في صورة الخطاء دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك
في الخطاء لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت
يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد
مبقي على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الفرض انه لا وارث له سواه فلا اشتباه
فيمن له الحق والحاصل من هذا كله ان صورة من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا تزيد على اربع
لانه اما ان قطع عمدا او خطأ فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان
يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها
عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاجماع سواء كان له وارث او لم يكن
فلا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال ومن قال لعبديه
احدكما حر ثم شجا اذا قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم
بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل على ان العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا

وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال احدكما حر فمات احدهما
او قتل تعين العتق في الآخر فارشهما للمولى لان العتق نزل في المعين والشجة صادفت المعين فبقيا مملوكين
حين الشجة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل يجب نصف قيمة عبد لا قيمة عبد ونصف دية حر والفرق ان البيان
وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشاء
من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما فعين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه
ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ لم يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر
انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين ففيه قيمة عبد ودية
حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان
واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية
للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما يجب دية في حال وقيمة في حال فنصف
ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية
حر لانا تيقنا انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة
كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى
ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد
منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين كان غير نازل وانما
هو نازل في المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن
وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من
كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق المولى ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك
عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول
لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف فيما
اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين وقوله ولان القياس معطوف على ان في قوله
والفرق ان البيان انشاء ووجهه ان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة العتق
من اهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه من حيث
صحة التصرف وايجابا لولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما
بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس لانها محل العتق دون الاطراف لان حلها حل تبعا
فيبقى العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس قال ومن فقأ عيني مملوك بين اثنين
نبني مسئلة الجنايات وصورتها ظاهرة ودليل ابي حنيفة كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر او مدبر
وعلى ما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق
الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وهو مقتصر عليه ساقط بالاجماع قال الشيخ
فما وجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك
بها مسلك الاموال فاذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفوات

كفواتها بفوات الذات فكان اتلاف الاطراف كالاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان
والضمان يتقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا
عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين
وفقاء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال
على ان فقئ مشرع في الاستدلال للبعض اصحابنا فقال ولهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان معنى
المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي ذكرنا وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد
الى آخره وبعضه الملازمة بقوله كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك
دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان ولنا ان المالية وان كانت معتبرة
في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا الى آخره وهو واضح وقوله ثم من
احكام الاولى اي الادمية اي لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كالبدل النفس على النفس والقايس من الطرف
بل يكون باداء القايت لا غير كما في فقا عيني الحر ولا يتملك الجثة وقوله ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم
اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة ويتملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما
من الحكم فينا بالنظر الى الادمية ينبغي ان لا يجب الضمان مقابلا باداء القايت لا غير وبالنظر الى المالية
ينبغي له ان ياخذ كل بدل العين مع امساك الجثة كما انه ليس له ذلك في المال وفيما قالا الغاء الجانب الادمي
حيث جعلاه كالثوب المخروق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء الجانب المالية اصلا حيث جعل كالحر وفي ما قلنا توفير
على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسك
ولا شيء له نظرا الى الادمية فصـــــل في جناية المدبر وام الولد لما ذكر باب
جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو كامل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط
رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان
القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط في اسم المملوكية اوجبا
تاخيرها ذكرها عن ذكر المدبر قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر
على سيده في ماله دون عاقلته حالا لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه
وكان اميرا بالشام وقضاياه تنتشر بين الصحابة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل
الاجماع ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه
لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا يخير بين الاقل والاكثر
وقوله ويتضاربون بالحصص فيها اي بالقيمة ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه قال
ومن صورته ما ذكره في المبسوط قال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته
الى الفين ثم قتل آخر خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الف درهم
لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف
من هذا لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاولى انما يثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم
فلا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل

الاول وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فيقسم هذا
الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه
الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب
الاول بعشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار ما اخذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا
يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله فلا شيء عليه اي
على المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة لجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله وان دفع
قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه
تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا شيء على المولى لانه ليس بجان في الدفع لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى
مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يامر القاضي به لو دفع اليه فيكون القضاء
وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان اما
الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما القابض وهو ولي الجناية الاولى
فلقبضه حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فيتخير في الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا لان
الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية
الثانية في حقها فجعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به
من حق ولي الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في
حق وليي الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى
احدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للاخر الخيار فكذلك هاهنا وقوله عملا بالشبهين يعني عملنا بشبه
التاخير في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان نعمل بشبه المقارنة في حق
تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق
بحق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر وقوله
واذا اعتق المولى المدبر الى آخره واضح باب غصب العبد والمدبر والصبي
والجناية في ذلك لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من
يلحق به قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد انه
قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كانه
ملكه بآفة سماوية فيجب قيمته في حق القطع اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافا
الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد
فيبرا الغاصب عن الضمان واعترض على الامام قاضي خان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا
يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضى لان السراية انما ينقطع باعتبار تبدل
الملك وانما يتبدل الملكية اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا كما لو غصب عبدا فقطع آخر يده في يد الغاصب
الثاني من جنايته الا انه انما يضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية ما لم ينقطع فالغصب

ورده على المستوم فانعقد بسبب الضمان فلا يبرأ الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما
يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية يثبت
عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على المغصوب حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة
وحكما ويد المولى باعتبار السراية فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان
وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد
يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا يصلح لامعارضا ولا مرجحا وقوله
واذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله مؤاخذ بافعاله يعني في حالة رقه واما في قوله فان كان فيما
يوجب الحد وكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله
ومن غصب مدبرا واضح وقوله من غير ان يصير مختارا للفداء لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تجب
من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن
الارش فكذا هذا وقوله فيه نظر ظاهر وقوله فصار كما استحق نصف العبد بهذا السبب اي بسبب كان
عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجني عنده ثم رده الى المولى فجنى جناية فدفع الى وليي الجنايتين
كان للمولى ان يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله ويدفعه اي النصف المأخوذ من الغاصب
الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا الدفع الثاني
والرجوع الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له ولا
يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي
الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق
والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية
الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول في جميع القيمة
لانه حين جني في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد
المالك فانه اخذه اتماما لحقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب
كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة واجيب
ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة ووقتا فتعدت موجبة لكل
القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع قال وان كان جنى عند المولى
فغصبه رجل هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمها ذكره وهو بالاتفاق فان
لمحمد رح بينها وبين المسئلة المتقدمة ان هنا دفع النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجناية
الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه
المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب
واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع في الجامع
الصغير هذه المسئلة في العبد بعدما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح وقوله ومن غصب
ثم جنى عنده جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف يعني قال بعض المشايخ

بين المسئلة خلاف محمد ايضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذه ولي
الجناية الاولى لما بقي من حقه وقيل على الاتفاق وبأخذه ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة الذي
اذا رجع على الغاصب قبله وهذا هو الصحيح لان محمدا رح ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا فخر
الاسلام رح وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رح الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكرناه في الكتاب
لكن قوله اما في هذه المسئلة فيكون الى آخره فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ الكل
منه حقها اولا ثم لم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه وقوله
ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب هذا الموضع بطريق المشاكلة وبيان
ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه واضح خلا انه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب صبيا وذهب به
الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب فيه موجود واجيب بان الكلام في يد نفسه وان
كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير والحر الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان
صغيرا فانه يجعل في حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك اجيب بان فيه
نظرا لانه كان الناقل تعديا ولم يكن التحرز عنه ممكنا لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيجب الضمان
على الغاصب وان لم يعجز عن حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف
مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه
وان اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا
فتلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن
بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا
ضمان عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رح لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف رح يضمن في الحال وعلى
هذا لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقسيم حسن وقوله وهذا
يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق بناء على ما ذكره فخر الاسلام رح حيث ذكر في الجامع الصغير هكذا وان في
غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي رحمهم الله ما يدل على خلاف هذا حيث قالوا
فيها بينا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا ولا يعقل في قولهم جميعا وقوله وكما اذا
اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع
يثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من اتلفه لا يجب الضمان عليه
ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله في يده ما نعتنا اي من الايداع والاعادة يعني ان المودع وضع
المال في يد ما نعته عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه لو دفع ماله في يد من يعلم انه يدفعه الى الخيانة
انه اذا كان وضعه فيها باقامته غيره مقام نفسه في الحفظ ولم يوجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا
على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي فيه نظر لان اقامة الغير مقام نفسه يستدعي
ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه والا لا انسد باب الوديعة ويمكن ان يقال انه انما قال الحر لما ثبت
لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن الاب المال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لانه سلطه
على التضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه وكانه قال اقامه غيره مقام

يستلزم اثبات ولاية المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع
ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله لان عصمته لحقه اي لحق العبد يعني باعتبار ان المالك
لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية
عبده فلا يجوز تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط ضمن الصبي المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا
بخلاف سائر الاموال فان المالك اذن بتملكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اذا اودع
الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب
كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما لا يملك خنقها من حيث انه تضييع
فكان كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره يعني ان
المالك بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمته عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤول
الى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان
يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا وسببها وجود
القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر
القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا او الحبس الى الحلف ان ابوا
ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطأ ومحاسنها تعظيم حفظ الدم وصيانتها عن الاهدار
وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سيأتي وقوله تخيرهم الولي
اي يختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف
كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله
ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له مذهبه اي مذهب الشافعي رح كمذهبنا في انه لا يكرر اليمين
وقوله ولان اليمين يجب على من يشهد له الظاهر يعني كما في سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان
الاصل براءة ذمته واما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له وفيه
كلام واضح وقوله لا تبرئه [illegible] شهادة يحترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان [illegible] لان اللعان
شهادة [illegible] الحد وفي القذف [illegible] من اهل ادائها وقوله واذا حلفوا قضى على اهل المحلة اي عاقلة
اهل المحلة بالدية في ثلث سنين وقوله تبرئكم اليهود بايمانها قصته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل
وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر
يتشحط في دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم
فقال له عليه السلام الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك فقال من قتله
فقالوا من يقتله سوى اليهود فقال عليه السلام تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون
ما حلفوا عليه فقال عليه السلام احلفوا وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاينه ولم نشاهده
فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه مائة من ابل الصدقة [illegible] فيقول تبرئكم اليهود
بايمانها على انه لا دية بعد الحلف والاول [illegible] وقوله [illegible] في الكتاب

في الكتاب اي في كتاب [illegible] اشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف
خمسون رجلا منهم الى آخره وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة والدية فيما اذا كان المدعى
البعض بعينه وهو على اختلاف [illegible] كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى قصاصا على
غيره فجحد استحلف بالاجماع الى آخره قال وان لم يكمل اهل المحلة [illegible] واهل اللغة يقولون [illegible]
ولم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الدم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه واما اذا نزل
من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام رح في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله ولو
اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ بتكرره وذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر
اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة
وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان يجب القسامة اذا وجد الرأس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك
بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بالطريق الاولى فلزم التكرار وقيل كان
ينبغي ان يقول بتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان الغرض ثبوت القسامة مكررا وثبوت
الدية مكررا وعبارة التثنية يستلزم ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مراده القسامتان
والديتان على القطعتين [illegible] نفسا وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور وقوله
وقوله لان الظاهر انه تام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق وقد
قلنا في غير الصبي [illegible] ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها واجيب
بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس
لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه
عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر
انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا
ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا
وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما
يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى والصواب ان يقال الظاهر ههنا ايضا اعتبر دافعا
لا مثبتا يعني القاتل مع حياته واما دليل الاستحقاق فهو حديث سهل بن مالك وهو قوله عليه السلام اتجمع خمسين
الكهان [illegible] **قال** واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل اذا وجد القتيل على دابة يسوقها
رجل فالدية على عاقلة السائق دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن وكذا اذا كان قائدها او راكبها
لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيل في ايديهم
فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا وجد القتيل في الدار فان
الدية ههنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا او لم يكونوا وهناك على المالك لا على السكان واجيب
اولا بانا لا نسلم ان الدية تجب على مالك الدابة بل يجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف
وانما يعرف ذلك بقول القائد والسائق او الراكب واما اذا كان لها مالك معروف فانها يجب عليه وثانيا
المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة يجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك

معروف او لم يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للرأي والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لانه لا
لا ينقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والرأي والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها
بالاجارة وبالانتقالات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله وادعوا وجب بها قسامتان من
وما بعده ظاهر وقوله ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك يشير الى اختلاط السكان بالملاك
وقوله وهو قول محمد يشير الى ان محمدا ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف
بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد رح مضطرب وقال ابو يوسف رح في آخر
وكان قوله اولا كقولهما وما بعده ظاهر وقوله وهو على اهل الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط لبناء
دار وغيرها من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا تملكوا حين فتح الامام البلدة
وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطا ليتميز انصباؤهم والضمير راجع الى المذكور اي المذكور وهو وجوب القسامة
والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم وقيل ان ابا حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهده بالكوفة
يعني من اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك وفي جواب ان
يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي
خطة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فاوجبا القسامة على اهل الخطة دون
المشتري مع ان كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك انه في العرف ان المشترين
قلما يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فانه في عمارة ما اشترى
من الدار واجارتها واعارتها بها متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله
ان اصحاب الخطة هو المختص وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني على
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وخلصت لهم على قول ابي يوسف رح وقوله لزوال من يتقدمهم يرجع الى قوله
انتقلت اليهم وقوله او يزاحمهم يرجع الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا وجد القتيل في دار يعني اذا وجد
القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احديهما يجب على
صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل
في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه ويحمل ذلك على احدى
وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي رح انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة
على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا كذا في الذخيرة والمذكور
في الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر

قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود
القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة رح ولاية الحفظ باليد والملك
سببها وقالا ولاية الحفظ يستفاد بالملك فاذا وجدا في واحد اندفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك
وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا
اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فهو اي
وجوب الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند ابي حنيفة رح وعندهما ان كان الا

قطع ما علمه المشتري وان كان الثاني فعلى الذي يصير له ودليلهما واضح وقوله وهذا اي ولكون ولاية الحفظ باعتبار
الملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل ابي حنيفة
واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال لان القدرة على
الحفظ باليد اطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكاملة اليد ما كان اصالة ويد المودع ليست كذلك
وكذلك المستعير والمستأجر فان قيل ما الفرق لابي حنيفة رح بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في
الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان
بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله ومن كانت في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله
العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة او مستعارة او مستأجرة حتى
تشهد الشهود انها للذي في يده ولا يخلو هذه صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان
الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي يكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة ينكر
ذلك والباقي واضح وقوله واللفظ اي لفظ القدوري وهو قوله فيها من الركاب والملاحين يشمل
اربابها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن ابي
يوسف رح ان السكان يدخلون في القسامة مع الملاك ظاهر واما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما فلا بد من
الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر **قال** وان وجد في مسجد محلة كلامه واضح سوى الفاظ
نذكرها قوله فعند ابي يوسف رح يجب على السكان اي سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك وقوله كالشوارع
العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال قال في النهاية وانما اراد به ان يكون نائيا من المحال اما الاسواق
التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق ان
اذا كان من يسكنها في الليالي او كان لاحدهم بها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك
الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله وقد بيناه يعني في مسئلة وان وجد في دابة
بين قريتين وعليها قتيل وقوله فان وجد في وسط الفرات يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية
الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء ما دام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط
قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الحرب
واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فيجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في
يد المسلمين فسواء كان مكان الانبعاث او مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فيجب الدية في بيت المال
وقوله على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله
لم تسقط القسامة عنهم يعني والدية عن عواقلهم وقوله وقد ذكرنا يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله
ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه الى آخره وقوله وقد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي
ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا عنه وانفرجوا وقوله
لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما في قوله صلى الله عليه وسلم
الصدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل القتل قائم من غير اهل المحلة وانه من خصائص
اجيب بانه قد يتعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله

بمجرد الدعوى لا يثبت الحق اى الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذى رويناه اى في اوائل باب القسامة
وهو قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعى واليمين
على من انكر لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في
خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكانه اعظم الخباء وقوله فعلى اقرب الاخبية
قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله
وان كان القوم لقوا قتالا لا يجوز ان يكون حالا اى مقاتلين ويجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لقوا
معنى المقاتلة وان يكون مفعولا له اى للقتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في دار الاسلام ولا
يدرى ان القاتل من ايهما ترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر الذين على الصلاح فانهم لا يتركون الكفار
في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح
حيث كان الفريقان مسلمين فيبقى حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان
لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من
العمل بالذى لم يكن كذلك وقوله وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه اشارة الى قوله ولو قتيل في
معسكر اقاموا الى آخره وقوله وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع
الملاك في القسامة عند ابى حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا وقوله واذا قال
المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعنى لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب انه
استثنى عن يمينه حيث قال فان قتله فلان وهذا لا ينافى ان يكون المقر شريكه في القتل او ان يكون
غيره شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف على انه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال
واذا شهد اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولى على رجل من غير اهل المحلة وشهد اثنان من اهل المحلة
عليه انه قتله قال ابو حنيفة لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم بعرضية ان يصيروا خصما وقد بطلت
بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابى حنيفة رح
انهم انزلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصى اذا خرج
من الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل القاضى وقوله وعلى الاصلين هذين يعنى الاصلين
المجمع عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة
بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثانى اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما لم تقبل شهادته
ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وابو حنيفة رح جعل ما نحن فيه من الاصل الاول
لانهم خصماء في هذه الحادثة بوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر
رضى الله عنه وانما اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم وبدعوى الولى القتل على غير اهل المحلة لا يتبين
ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصما وهما جعلاه من الاصل الثانى لانهم انما يكونون
خصما لو ادعى الولى القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله تتخرج كثير
من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما تقدم والوصى
في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم كما مر واما على الاصل الثانى فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشترى

بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها
وقوله ولو ادعى على واحد بعينه اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولى على واحد من اهل المحلة في
بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافى
ابتداء الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعنى ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح
ان كان عمدا والدية على العاقلة ان كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما ان بقى صاحب فراش حتى مات او لم يكن
صحيحا يجىء ويذهب فان كان الثانى فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية
في القبيلة عند ابى حنيفة وهو عند ابى يوسف لا شئ عليه وهو مذهب ابن ابى ليلى ووجه قول ابى يوسف
ظاهر ووجه قول ابى حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه
بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش ثم سرى فمات وجبا القصاص واجيب
بان القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر
الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكم
المريض حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب
ويجىء فهو في حكم الصحيح فاذا مات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله ولو ان انسانا
معه جريح الى آخره حكمه ظاهر وفي مسئلة من جرح في قبيلة الى اهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجه القولين
فيما قبل من مسئلة القبيلة وقوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه اعلم ان المصنف رحمه الله ذكر ان فديته على عاقلة
ورثته عند ابى حنيفة رح ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه نوع
ظاهر وهو الفرق بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان يكون عاقلة الورثة او غيرهم
فان كان الاول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافى بينهم وان كان الثانى كانت
الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثانى في دليلها
وعلى التقدير الثانى يفيد رح قوله فالدية على عاقلته مضاف اى عاقلة ورثته وما ذكره في الكتاب من وجه المسئلة
ليس ببين ظاهر والمعتمد على وجه ابى حنيفة رح بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة
لكن يستحيل ان يعقلوا انفسهم واجيب بانها تجب للمقتول حتى يقضى منها ديونه وينفذ وصاياه ثم
يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبى والمعتوه اذا قتل ابا يجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له ثم اعلم بانه
رحمه الله صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل ابى حنيفة رح اشارة الى ان القسامة واجبة
عليهم مع وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم يذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها
على العاقلة على قول ابى حنيفة فمنهم من قال لا يجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلم فلا
تلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من
يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكرها لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما
لفظه يجرى بلا ان شاء الله ولما استشهد بمسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره كما نقض على ما ذكر
اشارة الى الجواب بقوله لان حال ظهور القتل الى آخره يعنى انما اهدر دم المكاتب هكذا لان حال ظهور قتله
بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضى بها ما عليه واذا كان الدار على حكم نفسه

جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه
لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل تجب فيه القسامة
والدية وقوله ولو ان رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث وقوله كما اذا وجد قتيل في محلة يعني ان ثمة قتيل
فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله قال المتاخرون اي من مشايخنا ان المراة تدخل مع العاقلة في
التحمل في هذه المسئلة يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في هذه
الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها
من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل يجب على الرجال فلا يدخل في العقل ايضا وقوله لانه احق بنصرة
ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض لا الى اهل القرية

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها واحكامها
في هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله وكل دية وجبت
وقوله على العاقلة جزء وقوله وحيث بنفس القتل يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح او الاقرار
يجب في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية تجب بنفس القتل وقوله وكذا الذي وجب
شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتل وقوله وفي ايجابها عليهم اعظم اجحاف من الاجحاف
بجوره واستيصاله وقوله انما قصرها الزجر في التثبت والتوقف وقوله وتلك اي القوس وقوله كتبت
اساميهم في الدواوين الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروى
ان عمر اول من دوّن الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان
من اثبت اسمه في الجريدة وقوله من عطاياهم العطا اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية
وهو بمعنى العطا وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي وهو ولا نسخ بعد
وقوله بالحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والتعاضد ولاء الموالاة
وقوله والولاء اي ولاء العتاقة وقوله والعد هو من العديد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان
اذا عد فيهم وقوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل مثل ان يخرج عطاياهم
الثلث ست سنين يوخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة اخذ
منهم الدية فيها وقوله لحصول المقصود يعني ان المقصود ان يكون الماخوذ منهم من اعطياتهم وذلك
يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في اكثر من ثلث سنين او في اقل منها وقوله وتاويل الاول
كلام القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما يوخذ منهم في ثلث سنين بعد القضا فيكون المراد ثلث
سنين في المستقبل فلا بد من التاويل وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله
واذا كان جميع الدية واضح وقوله ولنا ان القياس متروك اي القياس ياتي ايجاب المال بمقابلة النفس
يعني لا تفتقيده لان القياس مستنبط من الشرع وهو لا يتناقض والشرع قد ورد بايجاب المال بمقابلة النفس
في الخطا فلا استبعاد فان قيل هذا ليس في معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه بلا وجوب
بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزم وكونه اجيل للتخفيف حكم لا يترتب الا بعد ذكر
الحكم عليها وقوله لان الواجب الاصلي المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل في النفس ومثل

بالنفس ثم انه اذا دفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق
الى القيمة بالقضا فيعتبر ابتداؤها من وقته اي من وقت القضاء كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضاء
القاضي وان كان رد عينه قبل القضا متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضا لما
تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضا لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من
قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما نبين وقوله وهذا اي قول القدوري لا يزاد الواحد على اربعة
دراهم في كل سنة وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع الدية تسعة او اثني
عشر وليس كذلك فان محمدا رحمه الله نص على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على
ثلثة او اربعة فلا يوخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احتراز
عما ذهب اليه بعض مشايخنا مما فهم من اشارة كلام القدوري وذكره في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله
ثم اليهم اقرب القبائل معنا ونسبا قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت
انسابهم فامكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل نسبا فبعد ذلك اختلف المشايخ فقال
بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله فيستوي
بين الكل يعني الاباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على سبيل المواساة وقوله ولو كانت عاقلة
اصحاب الرزق قيل الفرق بين العطية والرزق ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء
المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر وقوله ويدخل القاتل مع العاقلة يعني اذا كان القاتل
من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا ايضا كما لا يجب عند الشافعي قال
وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل كلامه واضح وقوله وعلى هذا لو كان
القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما من الدية قيل انه يناقض قوله في المسئلة الاولى التي ذكرها قبل المعاقل
كما اذا وجد القتيل في دار امراة حيث ادخلها المتاخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لانه
في تلك المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقديرا لانه بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على
المراة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة
تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق
الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب
يبنى على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا
امراة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر
الايمان وذلك تناقض بين قلت الجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين
كررت الايمان عليهم ومعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمراة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة
واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها تتحقق منها
وتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا
فيدخل الصبي والعبد والمراة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه
ومن لا فلا فتدخل المراة وقوله والتقرير بما فرض من العطا جواب عما يقال فرض الامام للنساء والذرية

من العطا والعطا انما يدفع مما لنصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة هو اقل لغيرهم فكذا انما
ووجه ما قال ان الدفع اليهم باعتبار المعونة اي معونة الامام لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله
واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا وقوله هو صحيح الضمير راجع الى قوله لم يشترط ان يكون بينه وبين
اهل الديوان قرابة وقوله من اهل المصر بيان لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان الذين هم
من اهل المصر وقوله فصار مسئلة الجنين المقتطعة يعني ان للمولى الابعد ان يزوج اذا كان الاقرب
غائبا وقوله لا سيما في المعاني العاصمة كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية دون
فالدية في ماله في ثلث سنين اي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي
والمسلم لانقطاع الولاية بينهما بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال اذا لم توجد له عاقلة على ظاهر
الرواية وسيجيء وقوله ويمكن من هذا القتل ليس بنصرتهم اي ليس بسبب نصرة اهل الاسلام اياه
وقوله لعدم التناصر لان التعاقل ينبني على الولاية وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله
تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظاهر لا الفاظا
نذكرها قوله وعاقلته اهل الكوفة الواو للحال وقوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله
بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بديته
على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل وقد
ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز ذلك وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به
عليهم فكان فيه تقرير لحكم الاول فلا يجوز ابطاله وقوله لكن يقضي ذلك اي الابل من مال العطا
بان يشتري الابل من مال العطا قال ـــــ وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح قوله ولا
يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية لان القصاص لا يجب فيه ولا يتقدر بالارش فصار كضمان
الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما بدل النفس فيتحمل العاقلة وان كان اقل
من نصف العشر الا ترى ان القبيلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل
واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة او خمسون درهما فانه
يتحمل العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا
يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدارا لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته بل يجب في ماله وقوله ولا عبدا
قال ابو عبيد اختلفوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا
فقال لي محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده
انما جنايته في رقبته اي يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابن ابي
ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه بقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما
ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى
على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة جائزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام
لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت
القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف

القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل
بمعنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا يعقل من عاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا
يدلان على ذلك لان معناه عن عبد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقوله بعد هذا اولا يعقل العاقلة
جناية العبد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة دون
والاقرار وما الصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان في الاقرار يجب الدية في ثلث سنين وفي
الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله فمن الثابت بالاقرار
اولى يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة
الدية انما يجب بقضاء القاضي فهذا اولى وقوله وتصادقهما حجة على نفسه وقوله بخلاف الاول اراد به
قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجبت
الدية هناك في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء
القاضي فاذا اقر على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المتحمل اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان
اصله دينا الدفع المتوجه عن المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فيعود
ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سواء استوفي من العاقلة او لم يستوف وقوله وقد مر من
قبل اي في اول الفصل بعد باب جناية المملوك وقوله قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم تكن له عاقلة فالدية
في بيت المال يعني اذا كان القاتل مسلما او ذميا قوله لان جماعة المسلمين هم اهل نصرة والنصرة منقطعة
بيننا وبينهم والباقي ظاهر وقوله ثم ادت الكتابة فانه يرجع قوم الام على الاب قوله والاصل الذي
تخرج عليه ان يعتبر حال القاتل اذا انبذل الحكم فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى
قضى بها القاضي او لم يقض كالمولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم اعتق الاب لا تتحول الجناية عن عاقلة الام لان
ههنا تبدل الحال بان انتقل ولاؤه من موالي الام الى موالي الاب وكالغلام اذا حفر بئرا قبل ان يعتق
ابوه ثم سقط في البئر رجل بعدما اعتق ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة
الاب من ذلك شيئا لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملك ثم حدث
فيه ملك اخر للغير قبل الوقوع فان الجناية لا تتحول الى الملك الحادث بل يبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر
فان العبد اذا حفر بئرا في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل ان يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك
المشتري انسان فمات فالضمان على البايع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا
الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجناية وان ظهرت حاله حقيقة مثل دعوة ولد الملاعنة حيث
الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب كما اذا مات المكاتب عن ولد حر
وعن وفاء فولده ولمكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل
جنايته قوم امه ثم اديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون على عاقلة الاب بما ادوا لان عتق المكاتب عند
اداء البدل يستند الى حال الجناية فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جناية
على موالي ابيه فلذلك يرجعون على موالي الاب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار
في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل ان كان

بالولاية دي م

بالاداوم

العاقلة واحرج ظهرها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا ملكت العاقلة
بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم منه اليهم اقرب القبائل نسبا وقد تقدم وقوله الا فيما
سبق اداؤه استثناء من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الدين ادوا قبل ضم آخر
القبائل اليهم

كتاب الوصايا

ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب يظاهرها المناسبة لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت
والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما ان الجناية قد تفضي الى
الموت الذي هو وقت الحد الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في الشريعة
تمليك ولا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد واجنبيا عن الميراث وان لا يكون
قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي
سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا
لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكم الوصية ففي حق الموصى له ان يكون ملك الموصى به
ملكا جديدا كما بالهبة وفي حق الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره بقوله الوصية
غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول
الوصية واجبة على احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا
الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض وكلام فيهما الاستحباب من نفي الوجوب قال وهي مستحبة
والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال المالكية ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك
غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب وقوله ومثله
في الاجارة بيناه في انها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازه الا
لحاجة الناس وقوله وقد يبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب
وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين الى آخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدل
ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية بهذه الآية وقد ذكر الامام المحقق
فخر الاسلام في اصوله وقررناه في التقرير بان الله رتب المواريث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت
معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية لرتب الميراث على هذه الوصية عليها اذ
بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على
وصية منكرة دل ان الوصية المعهودة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر الامام فخر
الاسلام له وجها آخر وقد قررناه في التقرير واستدل لاتمام بالسنة ظاهر وقوله وعليها اي على جواز
الوصية اجماع الامة وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ثلث اموالكم من غير تقييد باجازة
وقوله سنبين ما هو الافضل فيه اي في فعل الوصية او في قدر الوصية ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله
في حديث سعد بن ابي وقاص رض وهو ما روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة قال
حدثنا عطاء بن السائب عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص رض قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني
فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا فقلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث

كثير انك ان تدع عيالك يتكففون الناس وقوله وهذا لانه ظاهر والعبرة بالباقي في قوله لم يظهر ولا بقي للاستغناء
وقوله تحرزا عما يتفق من الايثار اي احترازا عما يوجد من زيادة البعض وتطييب نفس بسبب ايثار البعض الى البعض
على ما بينته يعني عند قوله بعضهم ولا يجوز للوارث وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية روى بالحاء المهملة
الياء وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله الا ان يجيز الورثة استثناء من
قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث وقوله لان الساقط متلاش دليل قوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وقوله
لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش دليل قوله فكان
لهم ان يردوا بعد وفاة الموت ما اجازوه في حال حياة الموروث فان قيل لانسلم عدم مصادفة المحل فان حق
الورثة يثبت في مال الموروث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها
فصارت كاجازتهم بعد موت الموروث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند
الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك
في المغصوب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه
من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذا لم يصادف محلها فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة
اخره تقرير حقيقة الملك للوارث يثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند حكمه
الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد
بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول لحق الوارث يتعلق بمال الموروث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق
تصرف الموروث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه ذلك انه
لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز فلا اثر فان قيل الوارث
اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد امرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل
وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب نعم اذا لم يتحقق السبب
وهو الجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت و
الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين
امرين اما ان يبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان يجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي
ذلك ابطال لاحدهما فعملنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحقيقة
ولم نعكس لكون العفو مطلوبا بالحصول وقوله والرضى ببطلان الحق لا يكون ببطلان الحقيقة جواب عما
يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات فيه لا رجوع فكذلك فيها
ووجهه انه قد عرف ان ثمة حقا وحقيقة وانما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضى ببطلانها
يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله وكذا ان كانت الوصية للوارث ظاهر قوله وكل جاب
الوارث يملكه المجاز له من قبل الموصي ذكره متفرعا على مسئلة العدد وهي وجه قول الشافعي ان بنفس الموت
صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته
تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا ان الموصى به صدر من السبب وكل من
صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملكه من الموصي وقوله والاجازة رفع المانع

عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وانما هو دفع للمانع وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الرهن في كون البيع صادرا من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله والاجازة من المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك لا يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته واجيب بان الوارث كان له حق سقط بالاجازة واسقاط الحقوق المالية يعتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة وليس له لا يقبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة **قال** ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا الا لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان او خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخر فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل من الميراث بسبب معايظ الورثة مقاسمة اسهم في تركة والموصي لم يشاركه في هذا المعنى لجواز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير لازمة ولعل المقتضي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي يجوز الوصية للقاتل مطلقا لانه اجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها وهو المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك يصح اذا كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة واجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام ان المعتبر كون الموصي له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وقت يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل متأخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بان ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل اجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرطا للعتق وقد وجد ولكن المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة الى آخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله ولانهم لا يرضونها اي الوصية للقاتل كما لا يرضونها لاحد اي لاحد الورثة وفي الوصية لاحدهم ان اجازها البقية نفذت فكذا للقاتل وقوله ولا يجوز لوارثه اي لوارث الموصي لقوله عليه السلام ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية وقوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت ذكره في

قاضي خان ولو اوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرث وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله واقرار المريض للوارث على عكسه اي على عكس الوصية بتأويل الايصاء او المذكور اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا كان بسبب الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض اقر لابنه العبد فانه ذات الا الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا او كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار يتبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وهو وارد ان اطلاق المص يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث باطلا وقوله الا ان يجيزه الورثة استثناء من قوله ولا يجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الا وصية لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اي لحق الورثة الذي هو باذيتهم بايثار البعض دون البعض وبالتقرير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم فيما دون الثلثين اجازه ولم يجيزوا لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي وقوله ولو اجاز بعض بعض ظاهر **قال** ويجوز ان يوصي المسلم للكافر وصية المسلم للكافر الذمي وعكسه جائز فاما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم الآية نفى النهي عن البر والوصية اليهم بر اليهم فكانت غير منهية واما الثاني فلما ذكره في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بامان فهي جائزة لان له ولاية التمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلا انه لا فرق بين وصيته بالثلث وجميع ماله لان منع المسلم عما زاد عن الثلث لحق ورثة المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ليس كذلك وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس شرطا لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان وقوله ويستحب ان يوصي الانسان الخ وحاصله ان التقليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله صلى الله عليه وسلم ان تدع عيالك اغنياء الحديث ومعناه ورثتك اقرب اليك من الاجانب

ترك المال خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما لان يوصي بالخمس احب الينا ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث والكاشح العدو الذي كشح وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بايعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث وقوله ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وامثال ذلك كثيرة ودونه الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم فان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرايض قال ولا يصح وصية الصبي كلامه واضح وقوله ولو لم ينفذ يبقى على غيرها فكانت الوصية اوصى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يبعد عهده زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه ورد بانه صح في رواية الحديث انه غلام لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يتم التاويل بكونه يافعا مجازا او تكون الوصية في تجهيزه وامر الدفن واجيب بانه قوله كان غلاما لم يحتلم معنى انه في حقيقته يجوز ان يكون الراوي نقل بمعناه وقوله لانه اوصى لابنة عم له بمال لا يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لان رواية عمرو بن سليم ولم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الاية فانها تدل على ان الصبي ممنوع من ماله وقوله وهو يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه وقوله والمعتبر في النفع والضرر يتزلزل في الجواب كانه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا يرى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امراة معسرة شوها ويتزوج باختها الموسرة الحسنا لكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والوصية ليس من اهله وقوله بخلاف العبد والمكاتب يعني اذا قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فثلث مالي وصية يصح لان اهليته مستتمة اي قائمة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله ولا يصح وصية الصبي يعني بتجهيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله وبخلاف فيما معروف في موضعه يعني في باب المكاتب والماذون من زيادات الجامع الكبير وما عرف ثمه هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند ابي حنيفة رح وعتق عندهما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى ملك قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولابي حنيفة رح ان للمكاتب نوعين من الملك احدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله ويجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له او به ومعرفة ذلك بان جاءت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المص رح وصحح الاسبيجابي في شرح الكافي من وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعل خليفة في بعض ماله بعد موته لانه يملك في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اختين فان قيل لو كانا لما جاز ردها اجاب بقوله الا انه اي فعل الوصية والايصا يرتد بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية للحمل يعني ان الهبة للحمل لا يصح لانه تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه لتمكن شيئا يحصل الملك فيه بالقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية به فلانه اي الحمل فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقايل ان يقول كلام المص تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء انه بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله وبابهما واسع الى آخره واضح وان اختلج في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله وقوله ومن اوصى بجارية يعني من قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية بقميصها وسراويلها مما يلبسها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها فان قيل كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب انه صح باعتبار تقريره ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقريره ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نسلم ان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من اموالها اجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله العقد بل يستحق اذا اطلق الموصي عن قيد الافراد فاذا افرد الامام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد

فصحت الوصية بها مفردة وقوله لانه تبرع قد ذكر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة
جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في
المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول رجعت عما اوصيت
لفلان وقد يكون دلالة وله انواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة او واضحة وقوله
وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد اعلم ان محمدا ذكر في الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع
وذكر في المبسوط انه رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو
ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على الغائب لا يصح
لانه من باب المعارضة المقتضية مناقضا والمذكور في المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع
في الروايات كلها لصحة الانكار ومنهم من حمل المذكور في الروايات في الجامع على صورة الجحود لا على
الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا اوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال اشهدوا اني لم اوص لفلان بطلت
شهادة الزور ومنهم فيكون معناه قد اوصيت لفلان بكذا الا اني سالتكم ان تشهدوا الي بالباطل
وطلب شهادة الباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي
وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط
جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال
المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي وهو الاصح
لان المعلى قال في نوادره سالت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا
وسالت محمدا فقال لا يكون رجوعا وهو مختار المصنف واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا
ولمحمد ان الجحود هو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي الحال الماضي لكونه موضوعا لذلك
والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت ما لم يعرض وان كان الكذب ثابتا في الحال لكونه
كاذبا في جحوده اذا الغرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضروراته وهو
الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال
الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل وقوله ولان الرجوع اثبات في الماضي
ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل آخر وتحقيقه ان احدهما مركب من النفي والاثبات والآخر
مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه نظر من وجهين احدهما انه قال في
الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود
رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول
ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا والاول
فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات
المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا لم يكن جحود النكاح فرقة يعني

مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا
يجوز استعارة احدهما للآخر وقوله ولو قال كل وصية اوصيت بها واضح وقوله لان اللفظ يدل على قطع
الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره وقوله لما بينا اشارة الى
هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا جازت والا
فلا

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور
عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة بثلث المال ذكر تلك المسائل التي يتعلق به في هذا الباب بعد
ذكر مقدمات هذا الكتاب قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ومن اوصى بثلث ماله لرجل ثم اوصى
للآخر ايضا بذلك فالورثة اما ان يجيزوهما اولا فان اجازوا فلهما الثلثان وهو الثلث وان لم يجيزوا فالثلث
بينهما نصفين اذ لا يزاد على الثلث ح وليس احدهما اولى من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي
فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما
البينة على نكاح امرأة في الاستحقاق بطل البينتان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر
بالسدس واضح وقوله ولا يضرب ابو حنيفة اي لا يجعل من ضرب في المال سهما اي جعل ومفعول لا يضرب
محذوف اي لا يضرب شيئا وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة
واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر
بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث
فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته
وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في
اكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال
له غيرهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما
على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في
الباقي وصورة الدراهم المرسلة اي المطلقة هي ان يوصي لرجل بالفين ولآخر بالف درهم وثلث
ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية
في مخرجها صحيح لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل
بثلث ماله ولآخر بنصف ماله او بجميع ماله ولهما ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق على الورثة
فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة
ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة ان الوصية
وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل
ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي
كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك هاهنا بخلاف مواضع الاجماع يعني المحاباة
واختيها واضح وقوله وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صورة نقض يرد على المسائل
المجمع عليها وقوله وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث

مال آخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتب هذا العبد لا
فيصير بقيمته مساوية لثلث المال او يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله لان هناك الحق تعلق
بعين التركة يعني ان حق الموصى له بعين التركة يعني ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت
بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة ايضا متعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث لا يمكن
اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم يتعلق بعين ما تعلق به
حق الورثة فلا يلزم بطلانه **قال** ولو اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم
يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير
لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا يجوز والثاني وصية بمثل نصيب
الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر تجاز الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان
المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك ان يتصرف في ملكه كيف يشاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول
وصية بمال الغير قوله ولو اوصى بسهم من ماله معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل الاجماع
انعقد والثنا اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعل بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر
واللغة اما الاثر فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى ان
السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلف اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب
ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي في ظاهر رواية الجامع الصغير جوز ابو حنيفة
النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الاصل جوز الزيادة على السدس ولم
يجوز النقصان عن السدس وفي رواية المصنف هو يخالف كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن
السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما
انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقالا له اخس نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا
ان تجيز الورثة ومعنى قولهما العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل
متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة
هو ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من اثر ابن مسعود رضي الله عنه والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد
اي الاقل وقول اياس هو وقوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل وذلك لانه وقع في بعض
نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني
ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السهم لما ذكرنا ان السهم يذكر ويراد به سهم من
الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك
بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده
السدس فانه عمل بالدليلين واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي الى النقصان من السدس
وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا
تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان اراد به الاقل منهما

عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وان اراد المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منهما ليكون
معنى التنصيص واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس
تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس
رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كلام ذو نعمة وان كان غير ذلك فالله اعلم
وجه التقليد منه وصورة المسئلة ما اذا اوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية
الجامع الصغير يعطى السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس فيجعل المسئلة
على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب
في اصل المسئلة مخرج الكسر وهو اربعة يبلغ اربعة وعشرين فكان للموصى له سهم يضرب في اربعة فهو اربعة و
سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يراد مثل اخس سهام
الورثة وهو واحد على الفريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي
بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء
غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة فيكون المزيد مثلا للربع واما على رواية الاصل فتخريجه كتخريجها وعلى
هذا فقس امثالها وخرجها على الروايتين وقوله قالوا اي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم
كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة
لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او بطائفة او
بنصيب او بشيء فالحكم كذلك وقوله وان اجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة
كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازة الورثة جائزة فائدة فالجواب ان معناه
حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس
فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحمل الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث وقوله والمعرفة
متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول وقد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله **قال** ومن
اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو
يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما اي من الهالك والباقي
مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما يبقى منه عليها وصار
كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن
فيه جمع حق احدهم في الواحد اي يمكن جمع حق شايع لكل واحد فيه ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه
من الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته
في هذا المعين مقدمة على حق ورثته بعقد الوصي به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل
والاصل هو المال المشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة
اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهلاك الى الربح الذي هو تبع لا الى رأس المال ولو اوصى بدرهم ولو
ثلثه دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله بخلاف الاجناس
المختلفة جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها

وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة لأن الغرض من القسمة الانتفاع
فلا بد من المعادلة وهي متعذرة وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم لأنه فرع الجمع فيبقى الكل مشتركا بين الورثة
والموصى له أثلاثا فإذا هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليها أثلاثا وظاهر ذلك قوله ولو أوصى بثلث ثيابه
وأما إذا أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد أو بثلث ثلاثة من الدور فليس له إلا ثلث الباقي في كثرة التفاوت
هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير خلاف واختلف المشايخ رحمهم الله فقيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله
لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها فأما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي
والدار الباقية لأن للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة كما في
الجنس وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث والإمام فخر الإسلام رحمهما الله وقيل المذكور في الجامع قول الكل
لأن عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز ذلك إذا اجتهد وجمع وبدون ذلك أي بدون اجتهاد القاضي
وجمعه تعذر الجمع وإذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك والأولى
أن يكون في المسألة اختلاف فأشبه للفقه المذكور وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور
المختلفة لأنه يجعلها أجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لأنهما يجعلانها جنسا واحدا **قال**
ومن أوصى لرجل بألف درهم ● ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فإن خرج الألف من
ثلث العين بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا دفع الألف هذا إلى الموصى له وإن لم يخرج بأن كان النقد
أيضا ألفا دفع منه إليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك الوارث ولا
في المال المشترك إن نوفي حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس حق أحد بتخصيص الموصى له بالعين لأن للعين فضلا
على الدين على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال
فإن من حلف لا مال له لم يحنث بديون له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقا فإن
من أوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال
والجواب عن الأول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال أو في المآل لأن الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما
تركة وعن الثاني بأنه شريك الوارث إذا كانت في غير معين وأما في المعين فإن الوارث إذا كانت في غير معين
كالمودع لا يضمن إذا لم يتعد قوله ومن أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فات ثم مات أحدهما فإن للباقي نصف الثلث
لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم مقامه في مقامه كموت أحد الورثة
بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لأن استحقاق الحي منهما لجميع الثلث
بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والغيبة قوله لأن الوصية عقد ...
والباقي في ظاهر قوله ومن أوصى بثلث ماله فظاهر وقوله والصحيح أن الوصية تصح احترازا عن قول بعض المشايخ
أن الوصية باطلة لأنه أضاف إلى مال خاص فصار بمنزلة التعيين كما لو أوصى بهذه الشاة ولم يكن في ملكه ثم ملك
فإنها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين
فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال قوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله
لو قال بقفيز حنطة من مالي وبثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما إذا قال من
حنطتي أو من ثيابي فإذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه **قال**

ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده ● ما ذكره واضح صورة وتعليلا خلافا لزفر وأصله أن الوصية لأمهات
الأولاد جائزة فإنه يحتاج إلى بعض بيان وهو أن الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس أن لا يصح لأن
الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فإنها تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فأمة
بحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان أن الوصية
مضافة إلى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لأن الظاهر من حاله أن يقصد وصية
صحيحة لا باطلة والصحيح هي المضافة إلى ما بعد عتقها فإن قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق
بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم يصح لها الوصية فالجواب بأن الوصية بثلث المال
للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته إعتاق وهو يصح منجزا ومضافا
بخلاف أم الولد فإن الوصية لها بذلك ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى فلو كان
بالوصية توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وأدناه
في الميراث قيد بذلك احترازا عن فصل الزكاة فإن لفظ الجمع هناك مصروف إلى الواحد بإجماع بين أصحابنا
ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا إلى الاثنين وقوله يجد ذلك في القرآن يريد به قوله تعالى فإن كان
له إخوة فلأمه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذلك قوله وأنه يتناول الأدنى
مع احتمال الكل **قال** ومن أوصى لرجل بمائة درهم ● صورة المسألة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان
والقياس أن يكون له نصف كل مائة ووجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة ولكن
إنما تثبت إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة فيقتضي إشراكه إياهما جملة واحدة وإنما أخذ نصف كل
مائة لو كان أشركه مع كل واحد منفردا وليس كذلك بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة درهم ولآخر بمائتين
ثم كان الاشتراك أي ثم قال لآخر أشركتك معهما فإن له نصف ما لكل منهما لأن تحقيق المساواة بينهم
غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما
وجه القياس عملا باللفظ بقدر الإمكان وقوله ومن قال لورثته لفلان علي دين فصدقوه فإنه يصدق إلى
الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لأنه أقر بمجهول والإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لكن إذا أقر
بيان وقد فات بموته وقوله فصدقوه يعني فيما قال لا يصلح بيانا لكونه صدر مخالفا للشرع لأن المدعي
لا يصدق إلا بحجة فيعد داثباته إقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقر
قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث فأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فإن قيل
لو كان قصده الوصية لصرح بها أجاب بقوله وقد يحتاج أي المقر إلى مثل هذا الكلام بعلمه بأصل
الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها أي هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها إلى
الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق
إلى الثلث دون الزيادة وقوله فإن أوصى بوصايا غير ذلك إلى آخره واضح وحاصله أنه تصرف يشبه الإقرار
لفظا ويشبه الوصية معنى فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الإقرار
يجعل شائعا في الأثلاث ولا يختص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقوله ومن أوصى
لأجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا أي هذا الإيصاء بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولأجنبي حيث

لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف اي ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما
شركة قبلها والشركة انما يثبت حكما له فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة
فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها واما في الاقرار فسبب الشركة غيره وهو
ما كان سببها قبله فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك اي في الاقرار بالمال
المشترك اقرارا للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك او
جحد الاجنبي او الوارث ذلك او انكراه جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اذا
لم يتصادقا فانه يصح في حصة الاجنبي لان الوارث يقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت
في نصيب الآخر وقالا اثباته مشتركا هو المبطل وقد وجد ولقائل ان يقول هذا الاقرار بالنظر الى
الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فاوجه ترجيح جهة الفساد بحيث يتعدى الى ابطال حق الغير
والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهو ان اليقين لا يزول بالشك وتقريره ان حصة كل
منهما غير ممتازة عن غيرها ففي كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى حصة الاقرار
ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء اي في حق الاجنبي
ويبطل في حق الوارث لانحياز حصة كل منهما عن حصة الآخر **قال** ومن كان له ثلاثة اثواب
جيد ووسط وردي • رجل له ثلثة اثواب جيد ووسط وردي يخرج من ثلث ماله فاوصى بكل ثوب منها
لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدري ايها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك
الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود
وهو اتمام غرض الموصي الا ان يسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين فان المانع ح قد زال فيقسم فيما
بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتدى بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردي
وان ابتدى بتعليل جانب صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك اردى من الباقيين فحق صاحب
الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك ادنى من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه يتعلق
بهما تارة وبذاك اخرى فان كان الهالك الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد
من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فياخذ ثلث كل واحد من صاحب الجيد وصاحب الردي فصاحب
الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردي لانه لا حق له قطعا وصاحب الردي يدعي الردي دون الجيد فيسلم
ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وقوله واذا كانت الدار بين رجلين وعليه
الى قوله ومعنى المبادلة في هذه تابع واما قوله هذا ففيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز
هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من
العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر
في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه
كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر في المبادلة ويكون معنا قوله هناك ومعنى
المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله واما المعقود
الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والبناء في ظاهره وقوله اما لانه عوض كما ذكرناه في التجارة وهو

بها وقوله اولا لانه اذا التقدير على احد الوجهين يعني به وقوعه في نصيب الشريك والتمليك يجيئه على اعتبار
الوجه الآخر يعني به وقوعه في نصيبه وقوله فيضرب بسهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان
قيل ان يقسم نصيب الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد رحمه الله وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق
الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا خمسة منها قضاء للكل احد عشر وقوله وقيل الاختلاف
فيه لمحمد رحمه الله بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية والبناء في ظاهره **قال** ومن اوصى من مال الرجل
لآخر بالف بعينها فبلغه فاما ان يجيز الوصية اولا فان كان الثاني بطلت وان كان الاول جازت
فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم يدفع فله ان يمنع وان اجازها لان هذا تبرع بمال الغير الى آخر ما ذكر
في الكتاب وهو واضح الى قوله فيكون نقضا بتقدمه فيقدم عليه فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه
اليه كله والبناء في ظاهره وقوله فلا يخرج منها بالانفصال كما في البيع يعني تسري الوصية الى الولد الحادث
قبل القسمة كما تسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان
موجودا فاوصى بها وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا وذلك لان الام
اصل يعني في الوصية والولد تبع فيه اي في الوصية على تاويل الايصاء وانما كانت الام اصلا لان الايجاب
تناولها قصدا ثم سرى حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم تكون
من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يتغير بزيادة
المال لانه يؤدي الى نقضها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله الا انه لا يقابله
بعض العوض جواب عما يقال لا نسلم ان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضها في الاصل فان نقض الثمن
لا يقابله وفي ذلك نقض له بحصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد واذا اتصل
به القبض فان العوض الواحد لا يقابل معوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لان الثمن تابع
الى آخر ما ذكره وقوله اذا اتصل به القبض انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان
لو كان مقبوضا بالاصالة حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية
وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لان
تلك الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض قوله
واذا اقر المريض لامرأة واضح ومبناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا او غير وارث
يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا حال الاقرار لان الاقرار
تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله لان الاقرار ملزم بنفسه
تلويح الى دفع قول زفر رحمه الله وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث
ووجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله الا انه
مؤخر عنه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف
الوصية لانه يعني الوصية بتاويل الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لا يصح الاقرار
والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره ههنا وذكره في

كل م

الاقرار م

كتاب الاقرار انه لم يكن عليه اى على العبد دين يصح الى آخر ما ذكر فى الكتاب قوله والمقعد والمفلوج المقعد
من لا يقعد على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول
هو الذى به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة فى الصدور ونفثها قوله صار طبعا من طباعه
يعنى خرج من ان يكون فيخشى تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث يعتبر
تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما اصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من ايام لانه يخاف فيه الموت
ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق فى المرض

الاعتاق فى المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح
الوصية لان الصريح هو الاصل **قال** ومن اعتق عبدا فى مرضه ۞ كلامه واضح قوله والمراد اعتباره
من الثلث اى المراد فى قوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا انه حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما اوجبه
الموصى فى ماله بعد موته متطوعا قوله كالضمان والكفالة ذكرهما بينهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة
فان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبى خالع امرأتك على الف انا ضامن وكذا لو قال بع هذا
العبد بالف على انى ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبى لا على المرأة
والخمسمائة على الضامن قوله وما بعد الموت من التصرف اى يجزه فى الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر
فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال
الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق فى ماله لغيره قوله فان حابى ثم اعتق صورته رجل باع فى مرضه عبدا يساوى
الفين من رجل بالف واعتق عبدا يساوى الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان ابتدأ بالعتق تحاصا
فيه عند ابى حنيفة رح ففى الاول يسلم العبد للمشترى بالف ولم يبق من الثلث شئ الا ان العتق لا يمكن رده
فيسعى العبد فى قيمته للورثة وفى الثانية يتحاصان فى مقدار الثلث وقالا العتق اولى سواء قدم المحاباة
او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشترى ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه
من الزيادة فى الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد الفى درهم والاصل المذكور
فى الكتاب ظاهر قوله الا العتق الموقع اى المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او يوصى بعتقه
بعد موته مستثنى من قوله لا تقدم قوله كالتدبير الصحيح احتراز عن الفاسد منه مثل ان يقول انت حر بعد
موتى بيوم كما سيجئ قوله والمحاباة فى البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع قوله وغيره
يلحقه اى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال قوله يستوى فيه من سواهما اى
سوى العتق والمحاباة قوله لما فى الخلافية وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق قوله لا يوجب التقدم
فى الثبوت الا ترى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا
عبرة للبداءة فكذلك ههنا قوله لانها تثبت فى ضمن المعاوضة بعين وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان
تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت فى ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر
قوله قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق
لان العتق متقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر
وهو ينافى الدليل المذكور من جانب ابى حنيفة رح وايضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا

وماذ

وماذكرتم من التقديم يقتضى الترجيح يستدعى ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط
الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف فى موضعه وعن الثانى انه انما
تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث تحاصا وماذكرتم
واذا كان كذلك نفذناهما جميعا ثم نقضناهما بعد الموت ويثبت لهما حكم الوصية وهما ما نفذناه فاستويا
كذا فى النهاية قوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى
فان قلت لم لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثانى والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة
على العتق الثانى فلا يكون مساويا لها والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها فى الثلث ثم ما اصاب العتق
الاول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب
المحاباة كمال حقه كان ينبغى ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب العتق الثانى لان حق صاحب المحاباة
مقدم على حق صاحب العتق الثانى وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك
من صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء فى الثلث فيؤدى الى الدور وان نقض
صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستوائهما **قال**
وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد ۞ كلامه واضح قوله وبقى من الحجة يرد على الورثة قال الامام
الا ان يكون الموصى جعل الفضل للذى يحج عنه فيكون له قوله وهذا اشبه يعنى الى الصواب لانه ثبت
بالدليل انه حق العبد عنده فيخلف المستحق اذا هلك يتلقى الملك من جهته اى لان الموصى له يتلقى الملك من
جهته اى لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصى الا ان ملكه اى ملك الموصى باق فيه لحاجته حتى لو كان
العبد خادم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد لحاجته وانما يزول ملكه
بالدفع فاذا خرج به اى بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد وفاته بسبب الدين
فان فداه الورثة كان الفداء فى اموالهم اى كانوا متبرعين فيما فدوه به قوله ومن اوصى بثلث ماله لآخر
واضح قوله وان كان على المعتق دين يعنى ان من اعتق عبدا فى صحته ثم مات وعليه دين يعنى ان من
اعتق عبدا فى صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد فى شئ وهذا لان الاقرار بهذين الامرين فى حالة
المرض انما يمنع احدهما الآخر ان لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما
حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كان الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا لذلك
ولانه اى لان الاقرار بالدين اى ولابى حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر والثانى ان العتق
لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث
المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية فصار تصديق الوارث بمنزلة
تصديق الميت ولو قال العبد لوارث المريض اعتقنى فى صحتك وقال رجل آخر لى عليك الف درهم دين فقال
المريض صدقتما عتق العبد ويسعى فى قيمته للغريم كذلك ههنا قوله وعلى هذا الخلاف الى آخره لهما ان
الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث
بالدين على الميت يتناول الذمة لا التركة فقد وقعا معا بخلاف المورث وله ان حقه يثبت فى عين الالف
لثبوت الدين فى الذمة وعند انتقاله منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث

حيًا وقالا له ذلك فقال سد فتمام الاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب عامة الكتب والله اعلم

فصل

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل اعلم ان من مات وعليه حقوق الله من صلوة او صيام او زكوة او حج او كفارة او نذر او صدقة فطر فاما ان يوصي بها اولا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم يجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله ان يكون كله فرايض كالزكاة والحج والصوم والصلاة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها لله وهي فرايض كلها او واجبات كلها او تطوع بدئ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرايض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منها البداءة بما هو الاهم وان تساوت في القوة ينبغي ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدأ بما قدمه الموصي او اخرها مثل فان قيل هذا مذهب قول لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا معتبر بالتقديم بالذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما اجيب بان هذا مختص بحقوق الله لكون صاحب الحق واحدا واما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بثلثه لآخر وقوله فالزكاة تعلق بها حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله اذ قد جاء فيها من الوعيد ما لم يأت في الكفارات اما في الزكاة قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ترك كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة وقوله وعلى هذا يقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذر وجب بايجاب العبد فالنذر ويقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذر وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر ان يبتدئ بالاهم كما اذا صرح بذلك وقال ابدأوا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هنا وهو الظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق سواء رتب على هذا الترتيب او لم يرتب وما جمع بينها قالوا ان الثلث يجمع يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلثي في الحج والزكوة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضى الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين فان الجميع منها وان كان المقصود بها القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذلك هذا

قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه واضح وقوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل يعني على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكر قبيل هذا الفصل بقوله ولنا انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الى آخره وقوله ومن خرج من بلده حاجا فيديه لانه اذا اخرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسنذكره بعيد هذا قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقوله لما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم يجب الاستئناف وهذا لان للموت ما ذكره في الاسرار فاما جواب ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الآمر لو بدا له في ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره بمعنى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفق واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المكفر بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامر غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان دلالة فعملنا به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعملنا به وقوله على ما قررناه اراد به قوله قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الى آخره والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدم لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون لان حق الكلام ان يتقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار وقوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار القرية وجار المحلة وجار الارض صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وقوله وذلك عند اتحاد المسجد حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وقوله وما يروى فيه ضعيف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصا في الباب وقد طعن في روايته قال ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل السكان تحت الوصية من الجيران وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن شاهويه هذه اصل ابي محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك واقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يضمهم الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان

قال ومن اوصى لاصهاره اي لاقرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة لان الصهر

في اللغة يجي بمعنى الختن ايضاً وقوله وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها يعني وان ورثت بان
يكون الطلاق في المرض قوله ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان تطلق على ازواج المحارم كزوج
البنت والاخت والعمة والخالة ونحوها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم
من الذكر والانثى وازواج المحارم كلهم في قسمة الثلث بينهم سواء وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني يصرف
الى الاثنين فصاعداً الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب والام غير الوالدين والولد
اذا لم يكونوا وارثين عند ابي حنيفة رحمه الله وقوله وفايدة الخلاف تظهر في آل ابي طالب يعني ان الموصي اذا
كان علوياً فعلى القول الاول اقصى الاب على نفسه فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى
الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر بقية
كلامه واضحة الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعدما انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما
ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه متروكاً بالاجماع لا يصح الاستدلال
لا محالة وقوله واذا اوصى لاقربائه وله عمان وخالان يعني وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه وهذا
الى آخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وقوله لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو
الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف
ايضاً واعترض بانه في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم آخر
كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وح كان لقايل ان يقول اذا كان عم واحد له الثلث لانه
اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال لا يجب له الربع او الخمس عند
الانفراد على تقدير ان يكون له ثلاثة اعمام وهلم جراً فاجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجمع
كلها ساقط للتعذر فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين
فيكون له نصف مالهما واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين
وفي قولهما الثلث بينهم اثلاث وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان
الى آخره وقوله وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وان لم تكن وارثة
جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويتقدم العم على الاخوال بسببها فلم يكن قرابتها اقرب ووجهه
انها مستحقة للوصية مساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة
لا يخرجها عن مساواتها العم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق او الكافر لما ان حرمان الميراث
لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله لانسام الانساب في جميع النسب وهو القريب كالانصباء
في جميع النصيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة على قول ابي حنيفة خلافاً لهما قال
ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته الوصية لاهل فلان ينصرف الى الزوجة عند ابي حنيفة رحمه الله
والى كل من يعتم نفقته فلان من الاحرار عندهما اعتباراً للعرف المويد بقوله تعالى واتوني باهلكم
اجمعين فانه ليس المراد به الزوجة خاصة وكذا قوله فنجيناه واهله الا امرأته وله ان الاهل في
الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله مع امكان العمل بها فيكون الاستدلال بهذه
الآية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان

معه احد من اقاربه او اقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معه من الاولاد احد لم يدخل فيه بالاتفاق
على ان الحقايق لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالآية
تانيساً فان بحثنا ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا يثبت مطلوبه كالآيات التي استدل بها وقوله
وفلان تاهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يتجنس بابيه
فان ابراهيم رضي الله عنه ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة
وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام
اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد البلوغ والعميان والزمنى معروفة
والارامل جمع الارمل الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امرأة من ارمل اذا افتقر من الرمل كادقع من الدقعاء
وهي التراب ومن الناس من قال الارملة النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال
ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوماً يحصون فان كان الاول
وحد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا
يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض
الى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقيق
التمليك فيه ممكن وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف
ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية
فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر في
الايامى دخوله في الارامل اولا قال الكرخي رحمه الله يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت
او ثيبا ويقال رجل ايم ايضا وقال محمد الايم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه
ترك اعتمادا على ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس له في اللفظ
ما يدل على الفقر حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر
الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد رحمه الله الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر فوق ذلك والكهل
اذا بلغ اربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب الشيب ثم يكون شيخا وفي الوصية
للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على
ما مر وقوله ولو اوصى لبني فلان يعني اذا اوصى فلا يخلو اما ان يريد من بني فلان الاضافة ويكون اسم قبيلة
او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابي حنيفة رحمه الله رجع اليه وكان يقول اولا يدخل وهو
قولهما والخلاف عند الاختلاط اما اذا كانت المنفردات فلا يدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع
الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله آخرا ان حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظام
الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد
الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم وهم يقسم الموصى بين
من يقدر عليهم من فقرائهم قال ومن اوصى لولد فلان فلان اما ان يكون اباً خاصاً
او فخذاً فان كان الاول فالوصية تتناول الاولاد دون اولاد الاولاد الذكر والانثى عنده الانفراد

سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كلها انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجاز لا يصار
اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل اولاد الاولاد واولاد الابناء بلا
واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان
الوصية لولد فلان يتناول الولد وولد الولد ثم ذكر في قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
قال الفقير وروي والصحيح انهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرناه وان كان الثاني
يدخلون وان كان الصلبي قائما لان ثمة انما اذا كان تحته ابنه وبناته لا يخلوا عن الاولاد
عادة فيكون مراده فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا خاصا فان بنيه وبناته قد يخلوا عن الاولاد
فلا يكون مراده وقوله ومن اوصى لورثة فلان واضح وقوله ومن اوصى لمواليه مبنا على جواز عموم
المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فاجاز هذا واصحابنا ما جوزوه فكذلك هنا وكذا روي
عن الشافعي في رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله لكن لا على جواز عموم المشترك بل على ان لفظ المولى يحمل
الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف وليس بظاهر
والمروي عن الشافعي في رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله لكن لا على جواز عموم المشترك لان معنى الاخوة
في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى
منعم ومعنى الاسفل منعم عليه فكان في احدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول واليه اشار بقوله
ان الجهة مختلفة وقوله في موضع الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار
شمس الائمة وعامة اصحابنا على ان لا عموم في المشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة
الحلف بان ترك الكلام مع الموالي مطلقا ليس لعموم في النفي بل لان الحامل عن اليمين بعضه
غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده فان قيل
سلمنا ان لفظ الموالي مشترك لكن حكم التوقف فكيف قال فالوصية باطلة اجيب بان الكلام فيما
مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان
يصرف الوصية الى المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه
فمندوب والصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف رح لهذا المعنى
اجيب بانها معارضة بجهة اخرى وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب الفقر
في الاسفل والغنى في الاعلى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى
ولو اوصى لمواليه وليس له الموالي الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض
ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتقهما وولاءهم لا يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء
لا بالغلبة يعقبه وجودا والوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك
فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب
استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم اي ثابت مستقر والاصح الاول لانهم لا ينسبون
اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل
فيه اي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو اوصى لمواليه وله موال واولاد

الاعلى وموالي موالاة دخل معتقوه وهو ظاهر واولادهم لان نسبتهم اليه بالولاء للعتق الذي باشره في
آبائهم والفروع اجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كما في اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم الموالي عنهم
بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لان النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز ان يقال ليس بني فلان وانما
هم بنو بنيه وعن ابي يوسف انهم يعني موالي الموالاة يدخلون ايضا لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله
الاعتاق لازم جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالموالي الاعلى والاسفل
ووجهه ان المشترك لا يعمل به اذا لم يكن قرينة على احد المعنيين وههنا قرينة تعين احدهما وهو ان ولاء
الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد
يحتمل الفسخ فلا يتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا موالي موالاة كان الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم يكن
وجب العمل بالمجاز صونا عن كلام العاقل عن الالغاء ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا ان اسم الموالي
لاولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل فيه اي فيما اوصى لمواليه موالي اعتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن
الصواب ان يقال موالي اعتقهم ابنه او ابيه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب ووجهه
لان الحقيقة هو ان يباشر اعتاق مملوكه فيصير هو مولى عنه والمجاز ان يتسبب لذلك باعتاق مملوكه ثم يعتق
ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالي الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسبيبه فعلنا انهم لا يدخلون
في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين اعتقهم موال له حقيقة
وقوله وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة جواب عما روي عن ابي يوسف ان موالي ابيه يدخل اذا مات ابوه
وورث ولاءه لانهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث لان الولاء كالنسب
لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صحيح
في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق المعتق واما معتق البعض فعند ابي
حنيفة رح لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام
الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان
النسخة في قوله ولا يدخل فيه موالي اعتقهم باثبات لفظ ابنه ومعناه ان معتق البعض يدخل تحت
الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الام لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون
هذا على مذهبهما لان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الام
لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب
لا يدخل اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد
من حيث الايراد على مذهبهما خاصة والله الموفق

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا
المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا
قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح ويفيد الموافقة بين
الوصية والعارية في كون كل منها تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان

اليه بالولاء

الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حال الحياة فكذا بعد الممات لان الموت لا يزيلها
والارث خلافة فيما تملكه المورث وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض لا يبقى واذا جازت الوصية بمنفعة
العبد جازت بغلته لانها لا بدل لها فاخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة يشملها اعني المنفعة والغلة
فان خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال ابدا او جعل
ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم يخرج ولكن اجازه الورثة التسليم
اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم يجز الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت وان كان
فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنة ست وسبعين وسبع مائة او لم يعين فان عين ومضت تلك
المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض تلك السنة او مات قبل
فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازه الورثة يخدم الموصى له والورثة يومين حتى يمضي السنة
عينها ثم يسلم الى الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج
يجزه الورثة يسلم العبد الى الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلث سنين ثم يرده الى الورثة
الحكم بخلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره **قال**
فان كان موت الموصى له عاد الى الورثة ● اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصي لان
اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحق الى وارث الموصى له لاستحقها ابتدا
من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض لا يبقى
لكن لا يجوز ان يستحقها لذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مراضاة المالك لا يجوز
الموصى له في حيات الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بينا من قبل اي في
فصل اعتبار حالة الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل في بيان الفرق
بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى
بغلة عبده او داره فاستخدم العبد الموصى له بنفسه او سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف
المشايخ في ذلك على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى له بالخدمة ان يوجر العبد
والدار واضح سوى الفاظ نذكرها قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل قد تقدم في باب العارية
وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المتقدم وهو ان الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله الا ان الرجوع
للمعير لا لعين جانب تمام يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتدا لكنها تصير لازمة بعد الموت
لعدم قبولها الرجوع ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة
وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة دليل آخر
لا يجوز يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه
فانه لا يملك منفعته تبعا للملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجيب بان
كلام المصنف في الوصية فاداه بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون
واردا عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى اهله
الا باجازة الورثة وقوله واذا كانوا في غيره اي في غير مصر الموصي وقوله ولو اوصى بغلة عبده

او بغلة داره قد علم جوازه فيما تقدم طريقين ولعله ذكره تمهيدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له
ثلث غلة تلك السنة يعني اذا لم يجز الورثة وكانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمير باعتبار
المال او نظرا الى الخبر وقوله لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه
ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء
صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهاياة الى ان يستوفي خدمة سنة كاملة كما تقدم ذكره وقوله
فلو اراد الموصى له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا منه لاحدهما على الآخر ومعنى ذلك انه عطف قوله
ولآخر برقبته بالواو على قوله اوصى لرجل بخدمة عبده فيعتبر هذه الحالة بحالة العطف بحالة الانفراد
اي بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا يتحقق التشارك بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما
وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية
بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة
لانسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها لان الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت
بعد الموت ثم ان العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر اما ان يكون ادرك حد الخدمة او لا فان كان
الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لان بالانفاق عليه ينمو العين وذلك منفعة
لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة كالكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من
استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من له
الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفدا على من له الخدمة لان التمكين من الاستخدام بالتطهير
عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله ونظائر هذه المسئلة نظائره وقد ذكرها في الكتاب واضحة
ولاشي لصاحب الظرف وهو الامة والخاتم والقوصرة في المظروف يعني الولد والفص والتمر
المسائل كلها اما اذا كان احد الايجابين موصولا بالآخر بالاتفاق واما اذا كان احدهما مفصولا
عن الآخر فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة فان
الموصول والمفصول فيها في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به ابو يوسف في
الكتاب والمبسوط دليل على ان المعول على قول محمد رحمه الله **قال** ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه
ثم مات وفيه ثمرة ● المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث على
وجوه ثلثة في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة
بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث
وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم يذكره كالوصية بالصوف على ظهر غنمه والولد
في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشيا لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر
الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت
[illegible] والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان ان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس
ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة
صونا لكلام الموصي عن الالغا والنص يوهم الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج

كما في صلاح البستان على صاحب الخدمة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة
ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى آخر الباب واضح وقد ذكر المص بعد ما احرز له تركيبه واحسن ترتيب
لا يرى معنى من المعاني يحتاج الى التقدير الا وتركيبه او في تاديته له من غيره ويعتقد الخلع صورته ان
تقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي او غنمي صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن
فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فهو للمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم يغرها
حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس بها حمل يرد المهر

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع يهودي
بيعة او نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج
عنه فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة اذا كان من المسلم فان وقف المسلم حال حياته يورث
بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا يصح فلو اوصى بذلك
اي لو اوصى ان يجعل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف
والتمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحها اي تصحيح ايصائه على اعتبار المعنيين يعني الاستخلاف
والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا
للمعينين صنعوا به ما شاؤا وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين يعني قوما غير محصورين
جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم
قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رح ان الاعتبار لمعتقدهم
فانهم لو اوصوا بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو في
معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا
الاختلاف اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم
لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك
وقوله لم تصر محررة لله تعالى حقيقة بل يجوز على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله
ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرير لله وقوله بخلاف الوصية متصل بقوله لان البناء نفسه ليس
بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وقوله على مقتضاه
كلها راجع الى الوصية بتاويل الايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان
لفظها تقاعد عن افادة معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم
فاما اذا لاقت ما هو قربة فيه عملت عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الى آخره واضح وقوله
وهو ما ذكرناه يريد الوصية ببناء البيعة والكنيسة وقوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية
بالبيعة والكنيسة وقوله والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما
انها وصية بمعصية وقوله والجهة مشورة يعني ان كلامه في صرف المال الموصى به الى استقصاء
المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف في
تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة رح ان اسلم نفذت تصرفاته والا فلا

وقوله وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت كالذمية قال في النهاية
وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح
حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على
اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وهنا الاصح وبه ايضا قاله وقوله
ولذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز قيل هذا اذا لم تكن الورثة معه اما
اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب
وقوله وذلك في حق المستامن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان يقال ليس
لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا
مراعاة لحق المستامن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار
ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق
الورثة الى آخره وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الى آخره ظاهر وقوله ولو اوصى لحربي في دار
الحرب لم يجز لتباين الدارين ودلالة الذمي اذا اوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا
وكذا لو اوصى له اي للمستامن مسلم او ذمي جاز

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لما ان الوصايا تثبت لكن قدم
احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اي جعله
وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في
الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند رد الموصى فليس برد لان
الميت مضى لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حياته او بعد مماته صار مغرورا
من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد رده وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه فان قبول الاول
في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم
واجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز
بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك وتشير الى هذا الجواب بقوله
بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه اي في غيبته وبغير علمه
لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فان قيل ما له جاز عدم النفوذ كما في رد الموصى له
قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب
القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان وتنقل عن كل واحد منها
ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه بغير علم
الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بعينه وقد اشار اليه المص
في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك ايضا قول الشارح على ما ليس
به قوله قيل وسبب الاضرار بتغريره واما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله
فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية

الاتمام فبقي مجبرا يعني كن وكل حال حياته فانه مالم يوجد من الوكيل قبول نصا او دلالة كان بالخيار قيل يجب ان لا يكون مجبرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع واجيب بان الموصي مغتر حيث لم يسأله من الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار وقوله ولو انه باع شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكر في كتاب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن اعلم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي وقوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الوصي اذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر لان في ابطاله ضررا بالميت وفي ابقائه للوصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضررين اولى لا محالة وقوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فله ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي اختاره المص ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج ههنا اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني رحمه الله والباقي واضح **قال** ومن اوصى الى عبد او كافر او ذمي او مستأمن او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد رح في الصور الثلث ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل او معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وكثير من مشايخنا ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عاجزا عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكن منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا انها ستبطل باخراج القاضي عنها واما القاضي فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتم في الساعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما نقل في الاجازة وقوله واستبداده الى بعده لانها تنبني على الاجازة منه ومنه للعبد ولا يتعلق به اللزوم ومعناه للكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرناه بعضه آنفا وقوله وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله

بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزى اذ لا يقال ولاية في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الموصي ثبت في ولاية الموصى لكنه غير متجزئ فكان عائدا على موضوعه بالبعض وقوله انه مخاطب احترازا عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احترازا عن الايصاء الى العبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله بكونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته وشفقته على من خلفهم فصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك هذا وقوله والوصاية قد تتجزى جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد رح روى عن ابي حنيفة رح انه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الآخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة او يقول نقضا زاليه اي الى التمليك كيلا يؤدي الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فانه يحمل على تغير وصف وهو جعله متجزئا بعدما لم يكن قلنا تغير الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية **قال** ومن عجز عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية اي بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وقال المص هو العاجز اصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصي وبعض كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك اي عدم الاستبداد للعجز لا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره به رعاية الجانبين اي جانبا الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يعزله بالاخراج وان شكاه الورثة او بعضهم اليه اذا اظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب وقوله ومن اوصى الى اثنين الى آخره روي عن ابي القاسم الصفار انه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وعند ذلك يثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا في اشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف اقوال العلماء فيها فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنسه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد المغصوب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة

للنظر منه

وذكر فيه ايضا جميع الاموال الضايعة فقيل يحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جميع الاموال الضايعة فيعد
واصلا لشأنه فيدل على ما نص عليه من الثمانية والذى ذكره المص هو اكثر من ذلك وقوله سبيلها الولاية يعنى
انها لا تثبت لمن لا يثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لانها ليست من الولاية
الولاية المستفادة من الموصى لتحققها من غير من اوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ان اقتضاء
الدين اى قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد
ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله فان مات احدهما متصل باول الكلام
وقوله ولو ان الميت منهما اوصى الى الحى فظاهر وقوله والى الجد في النفس يعنى اذا مات الاب كان ولاية
النكاح والصغار واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف من الاول
هذه الخلافة يجعل الاول فانيا حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند الموت
له ولاية اى عند موت الوصى كانت للوصى ولاية في التركتين اى في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول
اليه وتركة موصيه اما في تركته فباعتبار انه ملكه واما في تركة موصيه فباعتبار الولاية اليه فينزل
منزلته فيهما وقوله فلا يرضى بتوكيل غيره اى يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصى الى غيره ﴿قال﴾
ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ۞ رجل اوصى الى رجل واوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة
صغار او كبار غيب فقاسم الوصى الموصى له نايبا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة
فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو
هلكت حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا او
صاحب الوصية غايبا فقاسم الوصى مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث
للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غايبا في المنقول والعقار جميعا
حتى لو هلك في يد الموصى ما افرزه له كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم والفرق بين المنقول
والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة
لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله ان الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت
فيجوز ان يكون الوصى خصما عنهم وقايما مقامهم واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه
فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقايما مقامه في نفوذ القسمة عليه وقوله
حتى يرد بالعيب اى فيما اشتراه المورث ويرد عليه اى فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث
فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بايع الميت
ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشترى يرجع على بايعه
دون بايع بايعه لانه ليس بخليفة عن بايعه حتى يكون مغرورا بغروره وقوله غير ان الوصى لا
يضمن جواب سؤال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلاك المال
بعد ذلك الفعل الذى هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب
لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى آخره وفيه اشارة
الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتعود في ذلك انما الوصية

فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية وقوله
فان قاسم الورثة كان معلوما من سياقه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه ﴿قال﴾ وان كان اوصى الميت بحجة ۞ رجل مات وترك
اربعة آلاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصى الفا ودفعها الى الذى يحج
فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة رح يؤخذ ثلث ما بقى من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ
ثلث ما بقى مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف رح يؤخذ من ثلث جميع المال وذلك ثلثماية وثلاثة
وثلثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد رح اذا سرقت الالف الاولى
بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث
الف درهم فانه واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبى ان هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما
يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين من غير قضاء ولا رضى ويجوز لاحدهما
ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة
كالبيع وبيع مال الغايب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك
فانها توزن وقوله واذا باع الوصى عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى
او وصيه عبد المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغرماء العبد
هناك حقا في استيفاء العبد وبعد البيع لا يبقى مكانه في البيع ابطال لحق الغرماء فلا ينفذ بغير
اجازتهم واما ههنا فليس لغريم المولى حق في استيفاء العبد انما حقه في استيفاء الدين من الثمن
فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل محققا له لان حقه في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل
وقوله ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء يعنى اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان
يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين ظاهر وقوله لانه ضمنه بقبضه اى لا بعمل آخر يكون للورثة
لان باستحقاق العبد يتبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصى ولا للورثة وقوله لان الرجوع
بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان من حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله
يرجع عليه بحكم الغرور اى بحكم ان الميت غره بقوله هذا ملكى فانه لما امر ببيعه والتصدق بثمنه
كان قايلا هذا العبد ملكى فكان الوصى مغرورا من جهته وكان ذلك الضمان دينا على الميت
والدين يقضى من جميع التركة وقوله وقد مر في كتاب القضا يعنى في آخر فصل القضاء المواريث
قوله واذا باع القاضى او امينه عبدا للغرماء الى آخره وقوله فان كانت التركة قد هلكت او لم
يكن بها وفاء لم يرجع بشئ اى لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع
الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى ان الوصى يرجع
على المساكين والقياس هكذا لانه غنم تصرف الوصى عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية
تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو
الثواب والغنم تبع له وقوله فان قسم الوصى الميراث الى آخره ظاهر وكذلك قوله واذا احتال الوصى
بمال اليتيم ولم يذكرها اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ

ومن لا يجوز فيحتاج الى الفرق بينها وبين ما اذا لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جائز
على ما يجي والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيه غبن فاحش فاما الحوالة
كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال المسلم ولو كانت فيه معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه
وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح فيجب ان يكون هذا ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز
بيع الوصي واضح ولم يذكرها اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه او باع من اليتيم شيئا من
ماله هل يجوز اولا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في اصح الروايتين
عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي
عشرة بخمسة عشر وعند محمد رح وعلى اظهر الروايتين عن ابي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله والصبي
المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم
المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف
الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن **قال**
واذا كتب كتاب الشراء على وصي هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط وقوله وبيع الوصي على الكبير الغائب قيد بالكبير لان
الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة العروض والضياع والعقار على جواب الكتاب
كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين او غيبا وقال المتأخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير
اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او رغب
المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة
اصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين او
اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها اذا كان
الدين محيطا وبقدر الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي
الوصية بقدر الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بقدرها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف
في الدين وقوله لان الاب يلي ما سواه دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن
على التركة دين فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان يلي
البيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من
المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان في بيع منع الزيادة ان جوازه
للحاجة ولا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز واستحسن ابو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية
وهي لا تتجزى فمتى ثبت له الولاية في بيع البعض يثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرار بالنصيب الباقي
فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير الا يرى انه يملك الحفظ وبيع
المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة
الكتاب واذا كانوا صغارا باشارته فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار ان كانوا

غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار
واما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار
جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا
حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة
الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره وفي الزيادة
على الخلاف وقوله ولا يتجر في المال ظاهر وقوله وهذا الجواب في تركة هؤلاء يعني الاخ والام والعم
وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي
الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير من ابيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام
الام والام في حال حياتها لا يملك بيع ما ورثه الصغير من الاب فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار
لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية
اما اذا كان فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار
طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وفي
بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف في المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب في وصي الاخ
والعم لانه لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه وقوله والوصي احق
بمال الصغير من الجد الى آخره ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصاء ينتقل
ولاية الاب اليه الى آخره

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم يكن
الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيها وقوله واذا شهد الوصيان
ظاهر وقوله وجه الاستحسان الى آخره اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج
الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة
اذا تمكنت فيها الشبهة واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الوصيين
متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم
يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذا ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والا
تثبت بنصب القاضي وقوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة
وقوله وكذا لو شهد يعني الوصيين الى آخره واضح وقوله واذا شهد رجلان لرجلين فهذه المسائل
اربعة اما الاول فما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهي الشهادة
بالوصية بجزء شايع من التركة كالشهادة بالعين مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه
وهو ان يشهد الرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في
الكتاب آخرا وهو ان يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود للشاهدين بالعين مرسلة او بثلث المال
ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا يقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت
فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك
ايضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه محمد رح ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق

شئ فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وتوجه الرد الى الدين
بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه
الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها الا في المال
فلا يتحقق الشركة

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب ان تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شئ فما وجه ذكر الفصل قلت كلام في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال

قال واذا كان للمولود اي قال القدوري به اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الواو الواقع في اول الكلام للاستيناف وكلامه ظاهر وقوله فهو دلالة على ان العضو الاصلي الصحيح وجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منها وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك تعرفنا ان المنفعة الاصلية لا لذكورها بالا فاذا بال من احدهما عرف ان الآلة التي هي للفصل فيه حقه هذه والآخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامات الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شئ او تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وبهذا يندفع ما قال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا اريد به الغالب

فصل في احكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام خنثى المشكل لان غير المشكل انما يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في الخنثى المشكل ولم يقل المشكل ولانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل هو الذكر لان حوى خلقت من ضلع آدم اعتبره فان قام في صف فاحب ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وانما قال باستحباب الاعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فللتوهم احببنا ان يعيد الصلاة فان قيل الخنثى اذا كان مراهقا فلا اعادة عليه وان افسدها وان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه اذا كان ذكرا وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فيجب احتياطا فما وجه قوله احب الى ان يعيد اجيب بان مراده اذا كان مراهقا والاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة وعلى هذا التقرير يكون اعادة من عن يمينه ويساره وخلفه بحذائه اذا قام في صف الرجال لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة فهو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المراهق نوعيتهم موهوم وقوله واحب الينا ان تصلي بقناع يعني اذا كان مراهقا واما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وهو على الاستحباب لا يتحتم يعني اذا كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر به شئ من علامات الرجال او النساء فالاعادة واجبة وقوله لانه يباح للمملوكة النظر اليه رجلا كان او امرأة قيل فيه نظر لانه وان كان صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المرأة لان الامة

وقوله

لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها ان تنظر من مولاتها الى ما لها ان تنظر من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو اخف منه الى خلاف الجنس فليس للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو وجد الولي امرأة تبهر يسيره اغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير اجيب بانه يحتمل انه لم يقبل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين امره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وقوله ويكره له في حياته لبس الحرير لا فائدة في قوله في حياته فانه لا لبس بعد الموت وانما هو الباس فكان مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فان الاحتياط عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء يعني اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنساء في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي كره ان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما شيطان والامر في ذلك محتمل نظرا الى الحالة وقوله لا على في لباسه يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقوله لما حفظناه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الخنثى لا تثبت بالشك وقوله وان قال احد القولين يعني ان يقول لكل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمهمل يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد الحالين وقوله لانه دعوى يخالف قضية الدليل لانه ينتفي بقاء الاشكال وهو لا يعلم ذلك من نفسه خلاف ما يعلم بغيره وقوله ينبغي ان يقبل لما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتيقن به وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته واذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيتيمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال او رجل فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان يممه الاجنبي وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر الميمم الى وجهه من ذراعيه لجواز ان يكون امرأة وقوله ولا يشتري جارية للغسل لما كان يغسل الختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله اهلية الملك فيها وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب الى الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات والاصل قوله صلى الله عليه وسلم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل يعني تقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها اشرف فالرجل بالتقرب اليها اولى وقد جاء في الحديث انه صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكثرهم اخذا للقرآن

لايباح

الى جانب القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين وان جعل على القبر نعش المرأة النعش
شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلوة قوله وان كان
ذكرا فقد زادوا على الثلث فلا بأس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة
على الثلثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال الحياة فان للرجل ان يلبس حال حياته ازيد على الثلاثة
واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة اثواب **قال**
ولو مات ابوه وخلف ابنا اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري رح ذكر قول محمد مع ابي يوسف وكذلك ثبت
المص رح في الكتاب وكذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي وفي عامة الكتب قول محمد رح مع ابي حنيفة رضي الله عنه
ولكن ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فرع على وجه ولم يأخذ به وابو يوسف فرع على
وجه واخذ به وهو ان يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفرع على وجه آخر وهو تفسير محمد بان
يجعل على اثني عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة رحمهم الله فيقول لحل ما ذكر في الكتاب
اذا مات ابو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة رح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى
عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور علامات الذكور بلا معارض تخنيثه
يعتبر ذكرا وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى والثوري
وهو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد رح المال بينهما على اثني عشر
للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان
الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع لان للخنثى في حال ابن وفي حال بنت
وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلثة ارباع نصيب ابن فيضرب بمخرج
الربع وهو اربعة في سهم وثلثة ارباع سهم فيجعل سبعة فللخنثى ثلثة وللابن اربعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان
ذكرا كان المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة اسهم وفي حال اثلاثا سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان
للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينتصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر
بالتنصيف فيضعف لزوال الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تأخير قول
محمد رح اشارة من المص رح الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه
محمد رح اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان تضرب السبعة في اثني
عشر حيث لا موافقة بينهما فيبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر
وحصة الخنثى منه ثلثة فاضربه في اثني عشر فيبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر
في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلثون فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة
وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين رح ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه
لا يبتدأ من حيث سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون
سبب تحقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن وهو الاقل وهو ميراث الانثى متيقن به يعني وجبنا
للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال لا يجب ابتداء بالشك لا
ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فيعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه

نصيبا به وهو ان يكون زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام
الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج
واذا ترك امرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى للمرأة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى
انثى نورث النصف يكون المسئلة من اثني عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام
وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شيء للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله
اقل النصيبين اسوء الحالين وهذا مذهب عامة الصحابة رضي الله عنهم فان قيل اذا كان الخنثى ممن يرجى
استبانة امره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المص رح في الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك اول
البحث بقوله وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك يشير الى ان الثلثين في تلك المسئلة يدفع الى الابن
والثلث الى الخنثى وعلى ذلك اكثرهم لان سبب استحقاق الابن بجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقض
من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ
منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المذكور المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث
المعروف لم يؤخذ منه كفيلا في قول ابي حنيفة رح وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط
في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا فانما لم يجوزه ابو حنيفة هناك للمجهول وههنا انما يؤخذ الكفيل للعلم
وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر فيمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ
من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم
للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره
لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيتوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من دأب المصنفين
لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله فاذا جاء ذلك ما يعرف انه اقرار يشير الى انه ما يجيء من الاخرس
وتعقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثاني
ما يكون منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك منه معهودا في نعم قوله ولا يجوز ذلك
في الذي يعتقل لسانه على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم
يقدر عليه قوله حتى لو امتد ذلك به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة رح انه قال اذا دامت
العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله
فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى قوله وفي الاول عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج
ان بعيرا من ابل الصدقات ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم ان لها اوابد كاوابد
الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه قوله ولا يحد الاخرس اذا
قذف بالاشارة او الكتابة ولا يحد اي اذا كان مقذوفا قوله وهو في حق الاخرس اي التحقق في حق الاخرس
اظهر منه في حق الغايب لان الظاهر من حال الغايب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال الخرس فلما
قبل الكتاب في حق الغايب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق الاخرس مع الياس عن زوال
الخرس اولى قوله ثم الكتاب على ثلث مراتب مستبين [illegible] من غير المستبين وهو الكتاب على الهواء والماء

اى معنون اى مصدر بالعنوان وهو ان يكتب فى صدره من فلان الى فلان وهذا ذكرنا علم الاقسام الثلثة
والحكم فى كل منها ما ذكره وقوله فيتوى فيه اى بطلت منه البذخية وقوله لانه بمنزلة صريح الكناية اى الكناية
القولية كقوله انت باين وامثاله وقوله ولا يختص باللفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعربى يثبت بغيره
وقد يثبت بغير لفظ اى بفعل يدل على القول وقوله ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اى لا يكون حجة
فيكون فيهما اى فى الاخرس والغايب الغير الاخرس روايتان وقوله لانه اى الاشارة على تاويل المذكور
وقوله لانه اى محمد جمع هنا اى بين الكناية بينهما بعق لم يكتب كتابا او يومى ايما وقوله وفى الكتابة زيادة
بيان لم يوجد فى الاشارة لان تحصيل البيان فى الكتابة معلوم حسا وعند تاحيث يفهم منه المقصود
بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفى الاشارة زيادة اثر لم توجد فى الكتابة لانه اى
الاشارة اقرب الى النطق من آثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما تحصل بآثار الاقلام وهى منفصلة
عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو المتكلم به وهو اشارة بيده او برأسه فى متصل
اقرب اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار وقوله وكذا الذى صمت يوما او يومين عطف
على قوله ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه اى لا يجوز اقراره بان اومى برأسه اى نعم او كتب وقوله
واذا كانت الغنم مذبوحة الى آخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر
اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه
يتحرى ويصلى فى الذى يقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب
النجس والطاهر نصفين وفى الذكية والميتة لم يجوز واجيب بان
وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب
لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلى فى بعضها ثم لا
يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف
ما نحن فيه من الغنم ولو تيقن ان الرجل اذا لم
يكن معه الا ثوب نجس فان كانت
ثلاثة ارباعه طاهرا يصلى
ولا يصلى عريانا
بالاجماع
فاجازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحرى حالة الاشتباه اولى والله الموفق للصواب

تمت كتاب العناية للاكمل بعون الله الملك الاجل
على يد العبد الفقير محمد ابى الفضل الشيخ
الامثل والحبر الافضل عبد العظيم النيمارة
بتوفيق البارى صباح يوم
الجمعة بمكة المشرفة
تجاه الحجر الاسود فى عشرين من شهر ذى القعدة فى سنة خمس وخمسين وتسعمائة والحمد لله على التمام والسلام على نبيه

منتقل